

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**  
**FACULTÉ DE DROIT**

**Le refus de soins par des parents pour leur enfant mineur et la reconnaissance  
de l'exercice d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone**

**Alexandra FOUCHER**

Programme de maîtrise en droit et politiques de la santé

DÉCEMBRE 2015

**UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE**  
**FACULTÉ DE DROIT**

**Le refus de soins par des parents pour leur enfant mineur et la reconnaissance  
de l'exercice d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone**

Par

**Alexandra FOUCHER**

Étudiante à la maîtrise en droit et politiques de la santé

Essai fourni à la Faculté de droit  
En vue de l'obtention du grade de « Maître en droit »

DÉCEMBRE 2015  
© Alexandra Foucher 2015

## Résumé

Alors que la position des tribunaux est claire et précise lorsque des parents refusent, pour des motifs religieux, des soins pour leur enfant mineur, elle n'est pas aussi limpide lorsque des parents invoquent un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone pour justifier ce refus. La première de ces positions est notamment adoptée par la Cour suprême du Canada dans la décision *B.(R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 et la seconde, plus discutable, par la Cour de justice de l'Ontario, dans la décision *Hamilton Health Services Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603. Une analyse comparative permet de constater que le meilleur intérêt de l'enfant constitue le principal argument autour duquel la décision *B.(R.)* s'articule et autour duquel les motifs de la décision *Hamilton* aurait dû s'articuler. Cette comparaison permet également de mettre en évidence que le tribunal, dans la décision *Hamilton*, omet d'étudier les limites au droit invoqué par les parents. L'exercice du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone est effectivement restreint tant par une limite interne qu'externe. Enfin, cette décision de la Cour de justice de l'Ontario, tout comme l'arrêt de la Cour suprême, confirment le principe selon lequel tous les droits, que ce soit des droits fondamentaux ou des droits ancestraux, ne sont pas des droits absolus.

## Abstract

While the position of the courts is clear when parents refuse, for religious beliefs, medical treatment for their child, the position is not as clear when parents allege that they have an aboriginal right to seek traditional treatment and refuse such conventional medical treatment. This first clear and definite opinion is especially well displayed by the Supreme Court of Canada in the decision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315 and the second, more disputable, by the Ontario Court of Justice in the decision *Hamilton Health Services Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603. A comparative analysis of these cases shows that the child's interest is the main argument around which the reasons of *B.(R.)* revolve and on which the *Hamilton* decision should have revolved. Also, this comparison brings out that the court, in *Hamilton*, failed to explore the limits of the right invoked by the parents. The exercise of an aboriginal right to traditional medicine is actually limited internally and externally. Finally, this decision of the Ontario Court of Justice, as for the decision of the Supreme Court, confirmed that all rights, whether they are fundamental rights or aboriginal rights, are not absolute rights.

## SOMMAIRE

<b>INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>1. Le refus de soins pour un enfant mineur dans la décision <i>B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto</i>, [1995] 1 R.C.S. 315 .....</b>	<b>3</b>
1.1 Nature du recours, les faits et les droits invoqués .....	3
1.2 Analyse critique des motifs du jugement .....	9
<b>2. Le refus de soins pour un enfant mineur dans la décision <i>Hamilton Health Services Corp. v. D.H.</i>, 2014 ONCJ 603.....</b>	<b>26</b>
2.1 Nature du recours, les faits et les droits invoqués .....	26
2.2 Analyse critique des motifs du jugement .....	33
<b>3. Analyse comparative .....</b>	<b>44</b>
3.1 Une faille observée dans les motifs de la décision <i>Hamilton</i> : l'absence de limites au « droit-activité » à la médecine traditionnelle autochtone invoqué afin de refuser des soins pour un enfant mineur.....	44
3.2 L'intérêt de l'enfant : une limite intrinsèque au « droit-activité » à la médecine traditionnelle autochtone .....	54
<b>CONCLUSION .....</b>	<b>62</b>
<b>TABLES BIBLIOGRAPHIQUES .....</b>	<b>64</b>

## INTRODUCTION

Au Canada, depuis plusieurs années déjà, tous admettent que le refus de traitement d'un majeur apte doit être respecté, et ce, même au péril de sa vie<sup>1</sup>. Cette règle absolue d'inviolabilité de la personne<sup>2</sup> n'est pas transposable pour un mineur. Sauf si l'enfant mineur possède une certaine « maturité »<sup>3</sup>, dès que son état de santé nécessite des soins, c'est le titulaire de l'autorité parentale ou le tuteur à l'enfant qui consent à ces soins. Advenant un refus injustifié de ce dernier, l'autorisation du tribunal est nécessaire<sup>4</sup>. Une telle problématique se présente fréquemment devant les tribunaux alors que, invoquant la liberté constitutionnelle de religion, par exemple,

---

<sup>1</sup> Robert P. KOURI et Charlotte LEMIEUX, « Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* », (1995) 26 *R.D.U.S.* 77, 80. *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361. *Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712. *Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417. *Engel c. Salyn*, [1993] 1 R.C.S. 306. Le Québec a d'ailleurs codifié cette règle à son article 11 du *Code civil du Québec*. En Ontario, la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé* prévoit une règle analogue à son article 10. *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, chap. 2, annexe A.

<sup>2</sup> Suzanne PHILIPS-NOOTENS, Pauline LESAGE-JARJOURA et Robert P. KOURI, *Éléments de responsabilité civile médicale*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007, par. 224.

<sup>3</sup> À un certain âge, le mineur détient une certaine « maturité » sur sa personne qui lui permet de prendre des décisions à l'égard de sa santé. L'âge de « maturité » diffère d'une province à l'autre. Par exemple, au Québec un enfant mineur de 14 ans et plus peut consentir seul à des soins de santé (art. 14 al. 2 C.c.Q.). Toutefois, s'il refuse un soin requis par son état de santé, l'autorisation du tribunal est nécessaire tel que le prévoit l'article 16 al. 2 du C.c.Q. En Ontario, la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, prévoit le respect des désirs exprimés à l'égard d'un traitement par une personne âgée d'au moins 16 ans et capable. Art. 1c) (iii) et voir art. 21(1). *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, préc., note 1. Au Manitoba, l'âge retenu est également 16 ans. Par contre, la Cour peut rendre une ordonnance de traitement malgré qu'un enfant soit âgé de 16 ans, si elle est convaincue que cet enfant ne comprend pas les renseignements relatifs à sa décision de refuser ou d'accorder les soins et qu'il ne peut évaluer les conséquences entraînant le refus ou le consentement à ces soins tel que le prévoit l'article 25(9) de la *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. c. C-80. Pour davantage d'information quant à la capacité du mineur et sa « maturité », voir *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfance et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181 et R. P. KOURI et C. LEMIEUX, préc., note 1, p.92-106.

<sup>4</sup> Art. 16 al.1 C.c.Q. En Ontario, la *Commission du consentement et de la capacité* traite des différends entourant le consentement aux soins tel qu'il appert de l'article 37 de la *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*. *Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, préc., note 1. Par contre, en matière de protection de l'enfance tel qu'abordé *supra* note 4, la Cour de justice de l'Ontario constitue le forum approprié. *Children's Aid Society of Toronto v. L. P. and N.P.*, 2010 ONCJ 320.

des parents Témoins de Jéhovah refusent que leur enfant mineur reçoive une transfusion sanguine. La conclusion des tribunaux est constante lorsque survient une telle situation: malgré le refus des parents, ils ordonnent à l'équipe médicale de procéder à cette transfusion nécessaire à la vie ou à la santé de l'enfant<sup>5</sup>. Le plus haut tribunal du pays tranche d'ailleurs en ce sens en 1995 dans l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*<sup>6</sup> (ci-après « la décision *B. (R.)* »). Il s'agit d'un pourvoi d'importance qui limite le pouvoir de consentir et de refuser des parents lorsque la vie ou la sécurité d'un enfant est en danger. Bien que la position des tribunaux semble claire à cet égard, elle n'est pas aussi limpide lorsqu'un parent refuse l'administration de soins à son enfant mineur en invoquant un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone. Cette question se pose d'ailleurs dans l'affaire *Hamilton Health Sciences Corp v. D.H.* (ci-après « la décision *Hamilton* »)<sup>7</sup> devant la Cour de Justice de l'Ontario à l'automne 2014. L'objet du présent essai est d'effectuer une analyse comparative et critique de ces affaires. Afin d'effectuer une telle analyse, il convient donc d'examiner les faits et le droit appliqué dans chacune de ces décisions et de ressortir les principaux motifs des magistrats ayant siégé dans ces affaires.

---

<sup>5</sup> S. PHILIPS-NOOTENS, P. LESAGE-JARJOURA et R.P. KOURI, préc., note 2, par. 275.

<sup>6</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995]1 R.C.S. 315.

<sup>7</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603.

## **1. Le refus de soins pour un enfant mineur dans la décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315**

Au Canada, la jurisprudence est riche en matière de refus de soins par des parents pour leur enfant mineur<sup>8</sup>. Nous avons choisi d'étudier la décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* puisqu'il s'agit d'un arrêt d'importance en cette matière<sup>9</sup>.

### **1.1 Nature du recours, les faits et les droits invoqués**

Cette décision rendue par la Cour suprême en 1995 concerne la situation familiale entourant l'état de santé de la petite Sheena B. qui est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. Les parents de la fillette font appel de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario devant la Cour suprême. Cet appel au plus haut tribunal du pays vise à déterminer si l'intervention de l'État dans les décisions des parents relativement à la santé et la sécurité de leur enfant contrevient au « droit à la liberté » de sa personne garanti à l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (ci-après «la Charte»)<sup>10</sup> ainsi qu'à la liberté de religion garantie à l'alinéa 2 a) de la *Charte*.

---

<sup>8</sup> Notamment: *Hôpital St-François d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 348 (C.S.), *Montreal Children's Hospital c. Powell*, [1975] R.P. 345, *Lakeshore General Hospital c. Reinmueller*, [1975] R.P. 347, *Children's Aid Society of Toronto v. L. P. and N. P.*, préc., note 4, *T.T.D. (Re)*, [1999] S.J. No. 143. Il existe de nombreuses autres décisions à cet égard.

<sup>9</sup> Nous n'étudierons que les motifs liés au pourvoi principal de cet arrêt, le pourvoi incident ayant trait à l'octroi des dépens n'est pas pertinent à notre propos. De plus, nous n'aborderons pas la question de la capacité d'un mineur à consentir aux soins dans le présent essai.

<sup>10</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)].

La petite Sheena reçoit de nombreux traitements médicaux dans les premières semaines qui suivent sa naissance. Ses parents consentent à ces traitements dans la mesure où les médecins ne procèdent à aucune transfusion sanguine. Richard B. et Beena B. sont membres des Témoins Jéhovah et refusent l'administration de transfusions sanguines pour des motifs religieux. Le 30 juillet 1983, l'état de santé de Sheena se dégrade à un point tel que les médecins craignent pour sa vie : le taux d'hémoglobine de la petite ayant dramatiquement chuté, une transfusion sanguine peut s'avérer nécessaire afin de remédier à une insuffisance cardiaque globale qui risque d'être fatale.

Le 31 juillet 1983, la Cour provinciale de l'Ontario (division de la famille) émet une première ordonnance dans laquelle elle accorde une tutelle de 72 heures à la *Children's Aid Society* (ci-après «la Société») au cas où une transfusion sanguine pourrait s'avérer nécessaire<sup>11</sup>. Il s'ensuit une instance en révision du statut de la tutelle. Au cours de cette instance, plusieurs médecins témoignent sur l'état de santé de Sheena dont le Dr Swyer et le Dr Morin qui redoutent que le poupon soit atteint de glaucome infantile et qu'une chirurgie exploratoire nécessitant une anesthésie générale et une transfusion sanguine ne s'avère nécessaire. Cette instance conclut à une prolongation de la tutelle pour une durée de 21 jours. Sheena reçoit une transfusion sanguine le 23 août dans le cadre d'une chirurgie exploratoire pour le glaucome redouté. Une seconde ordonnance de la Cour provinciale met fin à la tutelle de la fillette le 15 septembre 1983<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> *S. B. (Re)*, [1983] O.J. No. 732.

<sup>12</sup> *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.M.B.*, [1983] O.J. No. 746.



D'un point de vue théorique, faire appel des ordonnances émises par la Cour provinciale de l'Ontario semble dépourvu d'utilité puisque Sheena a déjà reçu les transfusions contestées. Or, l'appel des parents de Sheena devant la Cour de district contre ces ordonnances concerne plutôt l'intervention (injustifiée selon les parents) de l'État dans leur décision de refuser une transfusion sanguine pour leur fille et la constitutionnalité de diverses dispositions de la *Child Welfare Act*<sup>13</sup>. La Cour d'appel conclut, contrairement à la Cour de district<sup>14</sup>, que ces questions demeurent valides. La Cour d'appel ordonne à la Cour de district la tenue d'une audition sur le fond notamment sur les questions constitutionnelles<sup>15</sup>. À nouveau saisie de ce dossier, la Cour de district rejette la position des parents contre les ordonnances de tutelles rendues par la Cour provinciale et la Cour d'appel déboute également ces derniers<sup>16</sup>.

Les parties à l'instance devant la Cour suprême sont: les appelants, soit les parents de Sheena, Richard B. et Beena B.; les intimés, soit la *Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* en tant que tuteur public à l'enfant mineur et le procureur général de l'Ontario puisque que l'on allègue l'inconstitutionnalité de certains articles de la *Child Welfare Act* et, finalement, les intervenants, soit le procureur général du Canada et le procureur général du Québec.

---

<sup>13</sup> *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66 (Abrogée).

<sup>14</sup> La Cour de district accueille la requête de la Société en rejet d'appel pour le motif que le litige qui opposait les parties n'a plus lieu puisque l'enfant a reçu la transfusion sanguine, que la tutelle est terminée et que la *Child Welfare Act*, loi selon laquelle furent ordonnées les tutelles, est abrogée et remplacée par une autre loi. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [45].

<sup>15</sup> *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1988] O.J. No. 78. (Décision de la Cour d'appel de l'Ontario).

<sup>16</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1992] O.J. No. 1915. (Décision de la Cour d'appel de l'Ontario).

Les parents de Sheena B. contestent donc en Cour suprême l'intervention de l'État dans leur décision de refuser des traitements médicaux pour leur fille. Ils contestent la constitutionnalité de cette action en vertu des articles 2 a) et 7 de la *Charte*. Les articles 2 a) et 7 de la *Charte* se lisent comme suit :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

a) liberté de conscience et de religion;  
[...]

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne;  
il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

M. et Mme B. prétendent avoir le droit de choisir le traitement médical pour leur enfant en vertu du droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte* et qu'une atteinte à ce droit n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale<sup>17</sup>. Ils prétendent également que la *Child Welfare Act* les prive de choisir le traitement médical pour leur enfant violant ainsi leur liberté de religion garantie à l'article 2 a) de la *Charte*<sup>18</sup>.

La Cour est amenée à répondre aux questions en litige suivantes : « [l]a *Child Welfare Act* [...] sous-al. 19(1)b)(ix)<sup>19</sup>, ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) »<sup>20</sup>, (A) privent-ils les parents de choisir un traitement médical pour leur enfant

---

<sup>17</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [70].

<sup>18</sup> *Id.*, [103].

<sup>19</sup> L'article 19 (1) b) (ix) du *Child Welfare Act* définit ce qu'est un «enfant ayant besoin de protection» : 19. (1) Les définitions suivantes s'appliquent à la présente partie et à la partie IV : b) «enfant ayant besoin de protection» désigne : (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement, » *Id.*, [88].

<sup>20</sup> *Id.*, [64]. Ces questions sont formulées par le juge Lamer.

de façon contraire au droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte* ou, (B) portaient-ils atteinte au droit à la liberté de religion consigné à l'article 2 a) de la *Charte*? Si la réponse à la question A et/ou la question B est positive, les pouvoirs conférés à la Société et la procédure prévue par la *Child Welfare Act* «sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte*»<sup>21</sup>?

L'article premier de la *Charte* se lit comme suit :

La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique<sup>22</sup>.

Cet article constitue ce que l'on appelle une clause de restrictions des droits ce qui implique que les droits fondamentaux ne sont pas absolus<sup>23</sup>. Il importe de préciser qu'une mesure à laquelle la *Charte* s'applique est prise dans le cadre d'une relation entre l'État et l'individu. Le champ d'application de la *Charte* est d'ailleurs prévu à son article 32<sup>24</sup>.

Les termes «raisonnables», «justification» et «société libre et démocratique» prévus à l'article premier font appel à des concepts vagues. Les tribunaux s'appliquent à leur donner une définition uniforme. C'est la Cour suprême qui a élaboré cette analyse uniforme dans *R. c. Oakes*<sup>25</sup> en établissant deux critères: 1) l'objectif visé par la loi

---

<sup>21</sup> *Id.*

<sup>22</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art.1.

<sup>23</sup> *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, [65].

<sup>24</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art.32 : «(1) La présente charte s'applique : a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest; b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.»

<sup>25</sup> *R. c. Oakes*, préc., note 23.

doit être suffisamment important pour justifier une restriction à un droit ou une liberté garantie par la *Charte*; et 2) la mesure contestée doit répondre au critère de proportionnalité. Ce dernier critère est composé de trois éléments. Premièrement, « les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question »<sup>26</sup> (l'expression « lien rationnel » est généralement employée pour désigner cet élément). Deuxièmement, le moyen choisi doit être le moins dommageable au droit ou à la liberté en question, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une « atteinte minimale » à un droit ou à une liberté. Troisièmement, les effets bénéfiques de ces mesures qui restreignent un droit ou une liberté doivent l'emporter sur ses effets préjudiciables<sup>27</sup>.

Plusieurs réponses sont possibles aux questions en litige posées par le juge en chef Lamer. Tout d'abord, après avoir analysé chacun des articles 7 et 2 a) de la *Charte*, la Cour peut conclure à la restriction ou à l'absence de restriction à un droit ou une liberté garantie à l'un de ces articles<sup>28</sup>. L'absence de restriction apporte un terme à l'analyse de la Cour quant aux questions en litige posées. Au contraire, si la Cour détermine qu'il y a présence d'une restriction, la Cour doit ensuite déterminer si celle-ci est justifiée ou injustifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Enfin, si la Cour détermine qu'il y a présence d'une restriction injustifiée en vertu de l'article

---

<sup>26</sup> *Id.*, [70].

<sup>27</sup> *Id.* et Gerald-A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada : institution, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004, p. 903.

<sup>28</sup> Il importe de préciser que la logique de l'article 7 de la *Charte* est tout à fait singulière. Avant de conclure à la présence d'une restriction à un droit prévu à l'article 7 de la *Charte* et d'appliquer le test de l'arrêt *Oakes*, il faut s'assurer que la mesure qui porte atteinte à un droit garanti à l'article 7 porte également atteinte aux principes de justice fondamentale. À cet égard, nous vous référons à l'explication de la logique de l'article 7 de la *Charte*. *Infra*, p. 9-10.

premier de la *Charte*, cela signifie que les articles de la *Child Welfare Act* qui violent l'un et/ou l'autre des articles de la *Charte* seraient considérés inconstitutionnels.

## **1.2 Analyse critique des motifs du jugement**

La décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* fait consensus quant à son issue: « les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12)<sup>29</sup> » de la *Child Welfare Act* sont constitutionnels et non contraires aux articles 7 et 2 a) de la *Charte*. Autrement dit, le pourvoi des parents de Sheena est rejeté. Bien que les juges parviennent tous à cette conclusion, l'analyse qu'ils effectuent afin d'y arriver diverge. Les motifs des juges comprennent tous une analyse du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte*. Avant de discuter davantage des motifs des juges de la Cour suprême dans cette affaire, il importe de saisir la logique particulière de cette disposition.

L'article 7 de la *Charte* comporte deux volets : (1) les trois « droits ou intérêts » protégés (la vie, la liberté et la sécurité de sa personne) et (2) les principes de justice fondamentale. Il n'existe ni de droit absolu à la vie, à la liberté et la sécurité ni de droit indépendant à la justice fondamentale. Celle-ci est donc « un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, sa liberté et sa sécurité de sa personne »<sup>30</sup>. La Cour suprême se prononce pour la première fois sur le sens à donner aux « principes de justice fondamentale » dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*

---

<sup>29</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [64].

<sup>30</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, [24].

(C.-B.) sous la plume du juge Lamer<sup>31</sup>. Ce renvoi établit que les principes de justice fondamentale ne peuvent être interprétés étroitement et qu'il est erroné d'admettre les termes « justice fondamentale » comme synonymiques de « justice naturelle »<sup>32</sup>. Les articles 8 à 14 de la *Charte*<sup>33</sup> constituent des atteintes spécifiques aux droits à la vie, la sécurité et la liberté qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale<sup>34</sup>. Or, ces articles «énoncent des principes qui vont au-delà de ce qu'on peut appeler de la "procédure"»<sup>35</sup>. Ils consacrent des principes reconnus «comme des éléments essentiels d'un système d'administration de la justice fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit» qui ont émergé de la *common law* ou de conventions internationales sur les droits de la personne<sup>36</sup>. Par conséquent, les principes de justice fondamentale ne visent pas uniquement la procédure, mais également le fond.

La Cour suprême précise davantage ce que sont les principes de justice fondamentale dans la décision *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law* en établissant trois conditions d'existence d'un principe de justice fondamentale :

La jurisprudence relative à l'art. 7 a établi qu'un « principe de justice fondamentale » doit remplir trois conditions: *R. c. Malmo-*

---

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30, [26] et [32]. La *justice naturelle* se définit comme étant un «Ensemble de garanties procédurales dont un individu bénéficie lorsque ses droits sont affectés par une décision de l'Administration. Elle lui confère notamment le droit de faire valoir ses prétentions et d'être traité de façon impartiale et sans préjugé.» Hubert REID, *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

<sup>33</sup> Les articles 8 à 14 de la *Charte* prévoient entre autres une protection contre les fouilles, les perquisitions, les saisies abusives (art. 8) et contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires (art.9). On y prévoit également certains droits en cas d'arrestation ou de détention, tels que le droit d'être informé dans les plus brefs délais des motifs de son arrestation (art. 10 a)). *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art. 8-14.

<sup>34</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30, [28].

<sup>35</sup> *Id.*, [29].

<sup>36</sup> *Id.*, [30] et [63].

*Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 113. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Cette condition est utile à deux égards. D'une part, elle « donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 »; d'autre part, elle évite « de trancher des questions de politique générale » : *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p.503. Deuxièmement, le principe allégué doit être le fruit d'un consensus suffisant quant à son « caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société » : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 590-591. Les principes de justice fondamentale sont les postulats communs qui sous-tendent notre système de justice. Ils trouvent leur sens dans la jurisprudence et les traditions qui, depuis longtemps, exposent en détail les normes fondamentales applicables au traitement des citoyens par l'État. La société les juge essentiels à l'administration de la justice. Troisièmement, le principe allégué doit pouvoir être identifié avec précision et être appliqué aux situations de manière à produire des résultats prévisibles. Parmi les principes de justice fondamentale qui remplissent les trois conditions, il y a notamment la nécessité d'une intention coupable et de règles de droit raisonnablement claires<sup>37</sup>.

La Cour suprême a reconnu plusieurs principes de justice fondamentale (que ce soit des principes procéduraux ou substantiels)<sup>38</sup>. Par exemple, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, le plus haut tribunal du pays reconnaît qu'«[u]ne loi qui permet de déclarer coupable une personne qui n'a véritablement rien fait de mal viole

---

<sup>37</sup> *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, [2004] 1 R.C.S. 76, [8].

<sup>38</sup> Par exemple, un de ces principes procéduraux de justice fondamentale constitue en la règle *audi alteram partem* (toute partie a le droit d'être entendu). Nous retrouvons un exemple de principe substantiel de justice fondamentale dans la décision *États-Unis c. Burns*. La Cour suprême est amenée à se questionner sur la validité constitutionnelle d'un arrêté d'extradition signé par le ministre de la Justice du Canada. Dans cette affaire, les intimés (Burns et Rafay) sont recherchés dans l'État de Washington pour répondre à trois chefs d'accusation de meurtre au premier degré avec circonstances aggravantes. Dans cet État, les intimés, s'ils sont déclarés coupables à l'issue de leur procès, sont passibles de la peine de mort. Le ministre de la Justice du Canada signe un arrêté d'extradition vers les États-Unis sans s'assurer auprès de ceux-ci que la peine de mort ne soit infligée aux intimés. La Cour est d'avis que l'issue du pourvoi se fonde sur l'article 7 de la *Charte*, que l'arrêté d'extradition contrevient au droit à la liberté et à la sécurité des intimés garantis par cet article et que leur vie pourrait être en danger. Plus loin, le tribunal affirme que « le fait d'ordonner l'extradition des intimés sans obtenir la garantie que la peine de mort ne leur sera pas infligée violerait les principes de justice fondamentale » [124]. Par conséquent, selon la Cour suprême, l'omission du gouvernement canadien d'obtenir cette garantie viole l'article 7 de la *Charte*. *États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283.

les principes de justice fondamentale »<sup>39</sup>. Dans les faits, la disposition contestée de la *Motor Vehicle Act* de la Colombie-Britannique prévoit une infraction de responsabilité absolue à laquelle une peine d'emprisonnement minimale est imposée si l'individu accusé est reconnu coupable d'avoir commis l'infraction de conduire sur une route ou un chemin industriel sans permis de conduire ou alors que son permis de conduire est suspendu. Une infraction de responsabilité absolue condamne l'accusé par la preuve de l'élément matériel de l'infraction, la preuve de l'état d'esprit coupable de l'accusé n'est pas exigée. Dans cette affaire, l'élément matériel de l'infraction, c'est la conduite du véhicule. La Cour convient également qu'une peine d'emprisonnement porte atteinte à la liberté de l'individu garantie par l'article 7 de la *Charte*<sup>40</sup>. Elle conclut donc qu'assortir une infraction de responsabilité absolue d'une peine d'emprisonnement viole l'article 7 de la *Charte*<sup>41</sup>.

Cet exemple illustre bien la logique de l'article 7 de la *Charte* selon laquelle les deux volets de cette disposition sont dépendants l'un de l'autre. Une mesure qui porte atteinte aux principes de justice fondamentale sans affecter le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne constitue pas une violation de l'article 7 de la *Charte*. L'inverse est également valable : une mesure qui porte atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière conforme aux principes de justice fondamentale ne viole pas l'article 7 de la *Charte*. La violation

---

<sup>39</sup> Autrement dit, les principes de justice fondamentale reconnus dans cette affaire sont essentiellement l'impossibilité d'invoquer un moyen de défense à l'encontre d'une infraction et le fait d'être reconnu coupable d'une infraction sans intention coupable. *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, préc., note 30, [2] et [99].

<sup>40</sup> *Id.*

<sup>41</sup> *Id.*, [77].



de l'article 7 de la *Charte* implique une mesure qui porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne et qui est contraire aux principes de justice fondamentale<sup>42</sup>.

Les principes de justice fondamentale demeurent une notion vague et floue. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, le juge Lamer affirme d'ailleurs qu'« on ne peut donner à ces mots un contenu exhaustif ou une simple définition par énumération; ils prendront un sens concret au fur et à mesure que les tribunaux étudieront les allégations de violations de l'article 7 »<sup>43</sup>. L'exemple ci-dessus en fait la démonstration, appliquant les principes de justice fondamentale à une situation concrète. Voilà ce qui explique une jurisprudence faste et sans cesse en expansion en matière de principes de justice fondamentale<sup>44</sup>.

#### *Le juge en chef Lamer*

Dans ses motifs, le juge en chef effectue une analyse de la nature du droit à la liberté contenu à l'article 7 de la *Charte* qui lui permet de conclure que ce droit n'est pas violé par la *Child Welfare Act*. Le droit des parents de choisir ou refuser un traitement pour leurs enfants ou, plus généralement, le droit d'éduquer ou d'élever

---

<sup>42</sup> Comme nous l'avons expliqué précédemment, les mesures qui s'appliquent à la *Charte* sont prises à l'occasion d'une relation entre l'État et un individu. Ainsi, le terme « mesure » dans cette phrase renvoie à une « mesure » de l'État (par ex. : une mesure législative). *Supra*, p.7.

<sup>43</sup> *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, préc., note 30, [67].

<sup>44</sup> Nous vous référons à l'ouvrage de Nicole Duplé pour davantage d'exemples de principes de justice fondamentale. Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014, p. 623.

leurs enfants sans ingérence indue de l'État, n'est pas un droit inclus dans le droit à la liberté de l'article 7 de la *Charte*<sup>45</sup>.

Afin d'arriver à cette conclusion, le juge Lamer se réfère au sens qu'il faut donner « aux principes de justice fondamentale ». Il est d'avis que «le lien entre les principes de justice fondamentale et les droits protégés doit être un indice de la nature et de la portée des droits protégés»<sup>46</sup>. Il détermine donc la portée du droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte* en fonction de ce que sont les principes de justice fondamentale:

Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois<sup>47</sup>. [Nos soulignements]

En fonction de cette interprétation de ce que sont les principes de justice fondamentale, le juge Lamer convient alors que la nature même des droits garantis à cet article est telle que la protection de la liberté est «reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique»<sup>48</sup>. Il tire donc une interprétation stricte du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte*. En outre, il exprime de forts doutes quant à l'idée que les rédacteurs de la *Charte* accordent à l'article 7 une fonction de protection générale des

---

<sup>45</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [1]. Il est intéressant de noter qu'en *obiter*, le juge Lamer mentionne au paragraphe 39 du jugement qu'il aurait été réceptif à l'argumentation des appelants s'ils avaient invoqué ce droit ou cette liberté de faire des choix pour leurs enfants comme étant protégé par la liberté de conscience garantie à l'article 2a) de la *Charte*.

<sup>46</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [20].

<sup>47</sup> *Id.*, [21].

<sup>48</sup> *Id.*, [22].

libertés après avoir explicitement limité les types de libertés fondamentales à l'article 2<sup>49</sup> d'autant plus que cela aurait pour conséquence d'inclure à l'article 7 des libertés déjà protégées par les articles 2 et 6<sup>50</sup>. Enfin, le juge Lamer conclut son analyse en se référant à des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme (le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*<sup>51</sup> et à la *Convention européenne des droits de l'homme*<sup>52</sup>) puisqu'à son avis les rédacteurs de la *Charte* se sont inspirés de ces textes afin de donner une signification «à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7»<sup>53</sup>. Ces textes internationaux ont la même approche que le juge Lamer quant à l'interprétation du terme «liberté».

Or, il importe de préciser que cette interprétation du droit à la liberté prévu à l'article 7 de la *Charte* par le juge Lamer n'est plus exacte de nos jours<sup>54</sup>. En effet, aujourd'hui, les tribunaux reconnaissent que le droit à la liberté garanti à l'article 7 de la *Charte* comprend la protection d'une sphère d'autonomie individuelle. C'est d'ailleurs l'opinion du juge Bastarache dans l'affaire *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*:

---

<sup>49</sup> Les libertés visées à l'article 2 de la *Charte* sont les suivantes : « a) [la] liberté de conscience et de religion; b) [la] liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication; c) [la] liberté de réunion pacifique; d) [la] liberté d'association. » *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art. 2.

<sup>50</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [27]. L'article 6 de la *Charte* prévoit la liberté de circulation et d'établissement. *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art. 6.

<sup>51</sup> *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171 : art. 9(1). «Article 9(1) : Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.»

<sup>52</sup> *Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221 : art. 5(1).

<sup>53</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [38].

<sup>54</sup> Afin de revoir succinctement le raisonnement du juge Lamer quant à la portée du terme «liberté» de l'article 7 de la *Charte*, nous vous référons au résumé de sa pensée qu'il consigne au paragraphe 36 du jugement. *Id.*, [36].

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte ne s'entend plus uniquement de l'absence de toute contrainte physique. Des juges de notre Cour ont conclu que la «liberté» est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. Une telle situation existe, par exemple, lorsque des personnes doivent se présenter à un endroit et à un moment précis pour faire prendre leurs empreintes digitales (Beare, précité), produire des documents ou témoigner (Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce), [1990] 1 R.C.S. 425), et lorsque des personnes doivent s'abstenir de flâner dans certains lieux (R. c. Heywood, [1994] 3 R.C.S. 761). Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État<sup>55</sup>. (...) [Nos soulignements]

Par ailleurs, dans l'affaire *Blencoe*, le juge Bastarache se réfère aux motifs du juge La Forest dans la décision *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, motifs que nous analyserons, afin de souligner que le droit à la liberté garanti à l'article 7 comprend une protection de l'autonomie personnelle<sup>56</sup>. Bien qu'adoptée par plusieurs juges de l'époque<sup>57</sup>, cette ligne de pensée n'est pas admise par le juge Lamer dans l'affaire qui nous occupe<sup>58</sup>.

En ce qui concerne l'analyse de l'article 2 a) de la *Charte* qui garantit la liberté de religion, le juge Lamer s'en remet aux motifs des juges Iacobucci et Major. Il

---

<sup>55</sup> *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, [49].

<sup>56</sup> *Id.*

<sup>57</sup> En effet, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin adhèrent à cette ligne de pensée selon laquelle une marge d'autonomie personnelle est garantie à l'individu par l'article 7 de la *Charte*. Le juge Lamer mentionne d'ailleurs que la juge Wilson est également de cet avis dans *R. c. Morgentaler* où elle conclut que «l'objet de la Charte et de son article 7 permettent de conclure que le «droit à la liberté» garanti à chaque individu, sans intervention de l'État, une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes et fondamentales touchant intimement à sa vie privée afin de préserver sa dignité humaine, de lui faire prendre conscience de sa propre valeur et d'assurer son autonomie». *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [8] et [9].

<sup>58</sup> *Id.*, [12].

convient avec ceux-ci que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne violent pas cet article<sup>59</sup>.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, McLachlin et Sopinka*

Cette seconde analyse est ici rendue sous la plume du juge La Forest à laquelle souscrivent, pour le pourvoi principal et l'analyse de l'article 7 de la *Charte*, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin<sup>60</sup>. De façon analogue au juge Lamer, le juge La Forest effectue une analyse de la portée du droit à la liberté protégé par l'article 7 de la *Charte*. Selon ce dernier, la formulation de la portée de ce droit «peut influencer sur la détermination des principes de justice fondamentale»<sup>61</sup>.

À son avis, le droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte* ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique comme le prétend le juge Lamer<sup>62</sup>, il s'agit plutôt d'un terme devant être interprété plus largement. Comme nous l'avons expliqué dans l'analyse des motifs du juge Lamer<sup>63</sup>, le juge La Forest admet la ligne de pensée selon laquelle le droit à la liberté protégé à l'article 7 de la *Charte* comprend le droit de l'individu d'avoir «suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance

---

<sup>59</sup> *Infra*, p. 23-24.

<sup>60</sup> Quant à la première question en litige (relativement à l'article 7 de la *Charte*), il importe de préciser que le juge Sopinka n'est pas du même avis que le juge La Forest. Il souscrit plutôt à la position du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel de l'Ontario. Selon ce dernier, «il n'était pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté était en cause du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des principes de justice fondamentale n'était pas remplie». Toutefois, le juge Sopinka souscrit aux motifs du juge La Forest à tout autre égard (dont notamment en ce qui concerne l'analyse de l'article 2 a) de la *Charte*). *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [207].

<sup>61</sup> *Id.*, [71].

<sup>62</sup> *Id.*, [75] et [80].

<sup>63</sup> *Supra*, p.16.

fondamentale pour sa personne»<sup>64</sup>. Il convient ainsi que «les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent»<sup>65</sup>, qualifiant ces droits de «liberté parentale».

De plus, selon le juge La Forest, cette «liberté parentale» est enfreinte par la *Child Welfare Act* en prévoyant une intervention de l'État dans les choix des parents. Le juge La Forest détermine ensuite si cette privation du droit des parents de décider ou de refuser le traitement médical de leur enfant est conforme aux principes de justice fondamentale<sup>66</sup>. Il rappelle ainsi le discours maintes fois tenu par la Cour suprême selon lequel les principes de justice fondamentale sont «puisés dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire, de même que dans les composantes de notre système juridique»<sup>67</sup>. À cet égard, il précise que :

[p]lus particulièrement, la *common law* reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M<sup>me</sup>) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. L'article 19 de la Loi n'est qu'une des nombreuses expressions législatives de la compétence *parens patriae*<sup>68</sup>. [Nous soulignons]

---

<sup>64</sup> *Id.*, [80].

<sup>65</sup> *Id.*, [83].

<sup>66</sup> *Id.*, [87].

<sup>67</sup> *Id.*, [88].

<sup>68</sup> *Id.*

En d'autres mots, le juge La Forest convient qu'une intervention de l'État, conformément à ce qui est prévue dans le texte législatif qu'est la *Child Welfare Act*, est justifiée puisque cette intervention est conforme au principe de justice fondamentale qui prévoit « la protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé lorsqu'il devient nécessaire de le faire »<sup>69</sup>.

Par ailleurs, les motifs du juge La Forest sont singuliers puisque celui-ci inverse la logique entourant les principes de justice fondamentale. Un principe de justice fondamentale est généralement invoqué à l'encontre de l'État, c'est-à-dire que l'État doit respecter les principes de justice fondamentale pour éviter d'enfreindre les droits d'une personne. Par exemple, dans le *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, la Cour reconnaît que des dispositions de la *Motor Vehicule Act* violent des principes de justice fondamentale<sup>70</sup>. Ces principes de justice fondamentale sont invoqués à l'encontre d'une mesure législative (émanant de la législature de la province, donc de l'État). Ils ne sont pas invoqués pour justifier une mesure ou une intervention de l'État. Or, dans la décision *B.(R.)*, le juge La Forest établit un principe de justice fondamentale et justifie l'intervention de l'État dans les droits des parents de Sheena avec ce principe. Il procède donc au renversement de la logique des principes de justice fondamentale en justifiant l'atteinte à un droit protégé par l'un de ces principes.

---

<sup>69</sup> *Id.*

<sup>70</sup> *Supra*, note 39.

De plus, les parents de Sheena ne contestent pas le principe de justice fondamentale identifié par le juge La Forest, ils contestent la procédure d'intervention de la *Child Welfare Act* et la façon dont celle-ci est appliquée dans les faits<sup>71</sup>. Ils demandent un jugement déclaratoire dans lequel la Cour énonce des directives afin de passer outre le droit des parents de choisir ou de refuser un traitement médical pour leur enfant. Après un examen de l'application des dispositions contestées de la *Child Welfare Act* aux faits de l'affaire *B.(R.)*, le juge La Forest rejette la demande des parents et confirme que cette Loi est conforme au principe de justice fondamentale selon lequel une intervention de l'État est possible, dans certaines circonstances, pour protéger le droit des enfants à la santé et la vie<sup>72</sup>.

Le juge La Forest analyse ensuite la thèse selon laquelle la *Child Welfare Act* viole la liberté de religion garantie par l'article 2 a) de la *Charte*. Selon lui, la liberté de religion comprend le droit pour les parents d'éduquer leur enfant en fonction de leurs croyances religieuses ce qui inclut le choix des traitements médicaux. Il est d'avis que l'objet de la *Child Welfare Act* ne porte pas atteinte à la liberté de religion, mais que ses effets y portent atteinte et qu'il convient de déterminer si cette atteinte est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Dans les circonstances, le juge La Forest ne semble pas effectuer une analyse exhaustive de l'article premier. Tout d'abord, il affirme ceci :

Les appelants ont reconnu que l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge

---

<sup>71</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [89] et [92].

<sup>72</sup> *Id.*, [101].



détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas<sup>73</sup>.

Ce passage répond au critère de l'objectif important qui est visé par la *Child Welfare Act*, soit le besoin de protection des enfants. Ensuite, le juge La Forest poursuit son analyse en mentionnant que « le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire<sup>74</sup> ». Il qualifie donc les moyens prévus dans la Loi afin d'intervenir dans les décisions parentales relatives au refus de traitement pour leur enfant. Toutefois, il ne cherche pas à savoir si ces moyens répondent aux critères du « lien rationnel », « de l'atteinte minimale » et de la balance des effets bénéfiques sur les effets indésirables. En d'autres termes, le juge La Forest néglige l'examen du critère de proportionnalité développé dans l'arrêt *Oakes*<sup>75</sup>. Enfin, il conclut son analyse en affirmant que la nécessité du traitement médical justifie les restrictions imposées à la liberté de religion des parents garantie à l'article 2 a) de la *Charte*.

#### *Les juges Cory, Iacobucci et Major*

Cette dernière analyse est ici rendue par les juges Iacobucci et Major à laquelle souscrit le juge Cory<sup>76</sup>. Les juges Iacobucci et Major sont d'avis qu'il y a absence de restrictions aux droits des parents protégés par la *Charte* que ce soit le droit à la liberté garanti à l'article 7 ou à la liberté de religion garantie à l'article 2 a).

---

<sup>73</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [113].

<sup>74</sup> *Id.*

<sup>75</sup> *Supra*, p. 8.

<sup>76</sup> Au cours de ce texte, nous désignerons ces motifs comme étant les motifs des juges Iacobucci et Major, étant donné que ce sont les juges Iacobucci et Major qui rendent cette analyse et non le juge Cory (qui ne fait qu'y souscrire).

En ce qui concerne l'analyse de l'article 7 de la *Charte*, les juges Iacobucci et Major font tout d'abord valoir que cet article traite aussi des droits de Sheena à la vie et la sécurité de sa personne et craignent que la décision du juge La Forest :

(...) crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion<sup>77</sup>.

Les juges Iacobucci et Major ne s'astreignent pas uniquement à l'évaluation de la notion de liberté à l'article 7 de la *Charte*, ils croient nécessaire d'insister sur les droits de l'enfant (à la vie et la sécurité) également prévus à cet article.

Ensuite, ils réfutent cet argument selon lequel le droit à la liberté consacré à l'article 7 de la *Charte* puisse comprendre une «liberté parentale» de refuser un traitement médical nécessaire pour leur enfant. À leur avis, une telle hypothèse aurait pour conséquence de nier le droit de l'enfant à la liberté, la sécurité de sa personne et peut-être même à la vie. Ils insistent donc sur les droits de l'enfant plutôt que sur les droits des parents. Ils mentionnent d'ailleurs que :

[I]es droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes -- peu importe qu'il s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère<sup>78</sup>.

Les juges Iacobucci et Major semblent donc élargir le champ d'application de la *Charte*. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la *Charte* s'applique

---

<sup>77</sup> *Id.*, [211].

<sup>78</sup> *Id.*, [217].

généralement aux relations entre l'État et l'individu<sup>79</sup>. Or, dans les circonstances, les droits de l'enfant sont opposés à la liberté des parents. Les juges définissent donc les droits des parents comme un droit contre l'État qui s'arrête là où les droits de l'enfant commencent. Ils accordent donc une importance accrue aux droits et à l'intérêt de l'enfant. À cet égard, plus loin dans leurs motifs, ils mentionnent que d'approuver la proposition selon laquelle les parents ont la capacité de refuser des traitements médicaux nécessaires à la vie de leur enfant, c'est accepter le point de vue selon :

(...) lequel les parents ont une sorte de «droit de propriété» sur leurs enfants. De fait, au cours des dernières années, notre Cour a précisé que les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P.(D.) c. S.(C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. La nature de la relation parent-enfant doit donc dépendre non pas de la volonté personnelle du parent, mais plutôt de «l'intérêt» de l'enfant<sup>80</sup>.  
[Nos soulignements]

Ainsi, les juges Iacobucci et Major concluent que la décision des parents de refuser des traitements médicaux (qui contrevient à « l'intérêt de l'enfant ») n'est pas protégée par la *Charte* puisqu'une telle décision est exclue du droit à la « liberté » prévue à l'article 7 de la *Charte*.

En ce qui concerne la liberté de religion garantie à l'article 2 a) de la *Charte*, contrairement au juge La Forest pour qui les restrictions à cette liberté doivent être examinées dans le cadre de l'article premier, les juges Iacobucci et Major sont d'avis que la liberté de religion est assortie d'une limite inhérente. Selon ces derniers, la liberté de religion comporte la limite suivante: « la liberté de religion d'un parent ne

---

<sup>79</sup> *Supra*, p. 7.

<sup>80</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [218].

l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie »<sup>81</sup>. Ainsi, l'article 2 a) de la *Charte* n'est même pas restreinte puisque la liberté de religion est limitée en elle-même, c'est-à-dire qu'elle ne comprend pas le droit des parents d'imposer une pratique religieuse « qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'article 7 garantit à un enfant en bas âge »<sup>82</sup>.

### *Résumé des motifs des juges de la Cour suprême*

Sous réserve des motifs du juge Lamer, la Cour suprême dans cette affaire laisse présager qu'il existe plusieurs façons de faire primer l'intérêt de l'enfant lorsque les parents refusent que lui soient administrés des soins en invoquant leur liberté de religion ou leur «liberté parentale». En effet, le juge La Forest établit tout d'abord que la «protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire<sup>83</sup>» est un principe de justice fondamentale justifiant une « limite » à la «liberté parentale» des parents<sup>84</sup>. À notre avis, il s'agit d'une première façon de faire primer l'intérêt de l'enfant. On retrouve une seconde façon de faire primer l'intérêt de l'enfant dans l'analyse de l'article premier où le juge La Forest conclut notamment que « l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger

---

<sup>81</sup> *Id.*, [225].

<sup>82</sup> *Id.*, [232].

<sup>83</sup> *Id.*, [88].

<sup>84</sup> Il importe de préciser que le principe de justice fondamentale reconnu par les juges Iacobucci et Major est le suivant : « la protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé ». Ce n'est donc pas l'intérêt supérieur de l'enfant qui est le principe de justice fondamentale reconnu en l'espèce. À notre avis, ce principe de protection des droits de l'enfant constitue une façon de faire primer le meilleur intérêt de l'enfant. En 2004, dans *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, la Cour suprême affirme que le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant n'est pas reconnu comme étant un principe de justice fondamentale. *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, préc., note 37, [7] et [10].

est un objectif urgent et réel<sup>85</sup>» ce qui, par conséquent, justifie une restriction à la liberté de religion. Les juges Iacobucci et Major introduisent, quant à eux, la règle de l'intérêt de l'enfant dans leurs motifs en affirmant notamment que «l'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur «l'intérêt» de l'enfant n'est pas protégé par le droit à la «liberté» prévu à l'art. 7»<sup>86</sup>. Enfin, les juges Iacobucci et Major reconnaissent que la protection des droits de l'enfant constitue une limite qui s'inscrit à l'intérieur même de la définition de la liberté de religion<sup>87</sup>.

Contrairement à l'importance accordée à celle-ci dans l'affaire *B.R.*, la règle du meilleur intérêt de l'enfant est absente des motifs de la décision initiale de l'affaire *Hamilton Health Services Corp. v. D.H.*<sup>88</sup>. Cette décision rendue par le juge Gethin B. Edward de la Cour de justice de l'Ontario s'articule autour de la reconnaissance d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle.

---

<sup>85</sup> *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [113].

<sup>86</sup> *Id.*, [219] et *supra*, note 80.

<sup>87</sup> *Supra*, note 81.

<sup>88</sup> On mentionne le principe du meilleur intérêt de l'enfant dans le jugement modifié de l'affaire *Hamilton Health Services v. D.H.*. *Infra*, p. 40-43.

## 2. Le refus de soins pour un enfant mineur dans la décision *Hamilton Health Services Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603

### 2.1 Nature du recours, les faits et les droits invoqués

La décision *Hamilton Health Services Corp. v. D.H.* concerne la situation familiale d'une jeune fille de 11 ans. Cette dernière est désignée sous les initiales J.J., une ordonnance de non-publication empêche que celle-ci soit identifiée par son nom complet<sup>89</sup>. J.J. est une jeune autochtone de la communauté des Six Nations de la Rivière Grand en Ontario<sup>90</sup>. Le requérant dans cette affaire, le *Hamilton Health Services*<sup>91</sup>, demande à la Cour de justice de l'Ontario d'émettre une ordonnance d'amener l'enfant (J.J.) devant le tribunal conformément à l'article 40(4) de la *Loi*

---

<sup>89</sup> Nombreuses sont les personnes qui confondent le cas de J.J. avec celui de Makayla Sault. La situation de Makayla Sault ne fut pas judiciairisée, mais grandement médiatisée. Makayla était également une jeune fille de 11 ans atteinte d'une leucémie lymphoblastique aiguë. Elle était une autochtone membre de la communauté de New Credit First Nation près de Caledonia en Ontario, une communauté voisine à celle de J.J.. Elle a subi des traitements de chimiothérapies pendant 11 semaines au McMaster Children's Hospital à Hamilton et les a cessé pour poursuivre des traitements de médecine traditionnelle autochtone. À ce moment, l'hôpital a référé son cas aux services sociaux de la région (le *Brant Family and Children's Services*). Ces derniers ont fait une enquête et ont considéré que Makayla n'était pas en besoin de protection au sens de la Loi. Ils n'ont donc pas exigé que celle-ci retourne à ses traitements de chimiothérapie. L'hôpital n'a pas entrepris de démarche judiciaire comme pour J.J.. Makayla est décédée le 19 janvier 2015 à la suite d'un accident vasculaire cérébral. Connie WALKER, «Makayla Sault, girl who refused chemo for leukemia, dies», CBC News, Janvier 2015, en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/aboriginal/makayla-sault-girl-who-refused-chemo-for-leukemia-dies-1.2829885>> (consulté le 8 septembre 2015).

<sup>90</sup> Les autochtones membres des Six Nations sont des Iroquois, aussi appelés Haudenosaunees. Les auteurs Burnett et Read dans leur ouvrage sur l'histoire des autochtones définissent les Six Nations comme suit: «An association of six Iroquois (Haudenosaunee) tribes. The original Iroquois League, known as the Five Nations, consisted of the Mohawk, Oneida, Onondaga, Cayuga, and Seneca. The name changed in 1722, when the Tuscarora joined». Kristin BURNETT and Geoff READ, *Aboriginal History, A Reader*, Oxford University Press, 2012, p.44. De plus, selon le gouvernement ontarien, les membres de cette communauté sont, historiquement, des familles alliés aux Britanniques qui après la guerre d'Indépendance américaine «quittèrent leurs terres situées dans la région des lacs Finger dans l'État de New York pour s'établir à la rivière Grand». ONTARIO, «Six Nations de la rivière Grand», en ligne : < <http://www.ontario.ca/fr/page/six-nations-de-la-riviere-grand> > (consulté le 8 septembre 2015).

<sup>91</sup> Hamilton Health Services est un regroupement de sept hôpitaux qui dessert près de 2.3 millions de résidents de la région d'Hamilton et du centre sud de l'Ontario. Parmi ces hôpitaux, il y a le McMaster Children's Hospital où est traité J.J.. Ce regroupement d'hôpitaux est considéré comme un énorme hôpital, voilà pourquoi, dans le jugement et dans le présent essai, il est fait référence à « l'hôpital requérant » plutôt qu'au «regroupement d'hôpitaux». HAMILTON HEALTH SERVICES, *About us*, en ligne : < <http://www.hamiltonhealthsciences.ca/body.cfm?id=225>> (consulté le 11 septembre 2015).

sur les services à l'enfance et à la famille<sup>92</sup> (ci-après «LSEF») et, conséquemment, que J.J. soit considérée comme une enfant en besoin de protection. La notion de besoin de protection est définie à l'article 37 (2)e) de la LSEF et se lit comme suit :

(2) Est un enfant ayant besoin de protection : e) l'enfant qui a besoin d'un traitement médical en vue de guérir, de prévenir ou de soulager des maux physiques ou sa douleur, si son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas le traitement, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement, ou n'est pas disponible pour ce faire;

Les circonstances à l'origine de cette requête<sup>93</sup> découlent du fait que le 13 août 2014, J.J. reçoit un diagnostic de leucémie lymphoblastique aiguë. Deux jours plus tard, elle entreprend, sous les soins de la Dre Marjerrison au McMaster Children's Hospital des traitements de chimiothérapie devant se dérouler sur une période de 32 jours. Elle ne complète pas ceux-ci qui ne durent que quelques jours. Le 27 août 2014, D.H., la mère de J.J., demande à ce que cesse les traitements de chimiothérapie sur sa fille préférant que celle-ci soit traitée conformément à des médecines traditionnelles. Conformément à l'article 72 de la LSEF<sup>94</sup>, la Dre Breaky, alors

---

<sup>92</sup> *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C-11, art. 40(4).

<sup>93</sup> Selon les *Règles de Procédure civile* (ci-après « les Règles ») de l'Ontario, il existe deux types de procédures pour introduire une instance : l'action ou la requête. L'article 14.02 des Règles prévoit : «Sauf disposition contraire d'une loi ou des présentes règles, les instances sont introduites devant le tribunal par voie d'action». Dans les circonstances qui nous occupent, la LSEF prévoit spécifiquement à son article 40(4) de la LSEF que l'instance doit être introduite par la requête (en anglais, *application*) d'une personne et sur avis à la société. Or, le juge Edward traite de cette affaire comme s'il s'agissait d'une action. D'après un document explicatif du Barreau du Haut-Canada relativement aux procédures introductives d'instance, « an application (...) is a proceeding in which a judge alone determines questions of law or mixed questions of fact and law based on affidavit evidence without live witnesses giving oral testimony ». Le juge Edward a entendu les parties et divers témoins afin de prendre une décision. La procédure a donc été introduite comme une requête (*application*), mais s'est poursuivie comme une action. *Règles de Procédure Civile*, R.R.O. 1990, Reg. 194, art. 14.02 et BARREAU DU HAUT-CANADA, *Chapter 6: Commencement of proceeding*, en ligne : <<http://rc.lsuc.on.ca/pdf/ht/civCommencementProceeding.pdf>> (consulté le 2 décembre 2015).

<sup>94</sup> L'article 72 de la LSEF prévoit ceci : «72. (1) Malgré les dispositions de toute autre loi, la personne, notamment celle qui exerce des fonctions professionnelles ou officielles en ce qui concerne des enfants, qui a des motifs raisonnables de soupçonner l'une ou l'autre des situations suivantes, fait part

devenue l'oncologue en charge des traitements de J.J.<sup>95</sup>, communique avec la *Brant Family and Children's Services* (ci-après «la Société d'aide à l'Enfance» ou «la Société»)<sup>96</sup> ainsi qu'un représentant du Conseil de bande des Six Nations. Le 29 août 2014, M. Skye, un intervenant de la Société, reçoit une lettre de la Dre Breaky dans laquelle celle-ci mentionne ses inquiétudes face à la situation de J.J. et au refus de soins de sa mère. Dans cette lettre, la Dre Breaky précise entre autres que le taux de succès de la chimiothérapie est de l'ordre de 90%. Il s'ensuit de multiples échanges téléphoniques et écrits entre les divers intervenants ci-dessus mentionnés<sup>97</sup>. L'hôpital requérant apprend le 8 septembre 2014 que J.J. quitte le Canada pour subir des traitements «alternatifs» en Floride.

Le 16 septembre 2014, des directeurs de la Société d'aide à l'enfance et des administrateurs de l'hôpital se rencontrent afin de discuter de la situation de J.J.. À l'occasion de cette rencontre, la Société informe l'hôpital requérant de sa décision de ne pas intervenir dans la situation familiale de J.J.. Plus tard, ce même jour, les avocats de l'hôpital requérant expédient une lettre dans laquelle ils annoncent aux avocats représentant respectivement J.J. et la Société d'aide à l'enfance leur intention

---

sans délai à une société de ses soupçons ainsi que des renseignements sur lesquels ils sont fondés : (...) 5. Un enfant a besoin d'un traitement médical en vue de guérir, de prévenir ou de soulager des maux physiques ou sa douleur, et son père ou sa mère ou la personne qui en est responsable ne fournit pas le traitement, refuse ou n'est pas en mesure de donner son consentement à ce traitement, ou n'est pas disponible pour ce faire.» *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 72.

<sup>95</sup> La Dre Marjerrison est remplacée par la Dre Breaky le 25 août 2014. Voir *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [9].

<sup>96</sup> Dans la LSEF, on emploie les termes « Société d'Aide à l'Enfance » (en anglais «Children's Aid Society»). *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 15.

<sup>97</sup> Il y a notamment plusieurs échanges téléphoniques qui ont lieu le 2 septembre 2014 entre l'avocate représentant J.J. et le Conseil de bande. Pour davantage de détails sur les divers échanges entre les intervenants, voir *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [12]-[24].



de déposer une requête conformément à l'article 40(4) de la LSEF<sup>98</sup>. Dans les circonstances, certaines conditions prévues à l'article 40(4) LSEF sont remplies afin que la requête soit entendue, notamment en ce qui concerne le fait que la Société d'aide à l'enfance soit avisée de la situation concernant J.J., qu'elle n'ait pas présenté de requête en vertu du par. 40(1) et qu'aucun représentant de ladite Société n'ait appréhendé l'enfant. Il demeure donc au tribunal de décider si (a) il existe des motifs raisonnables et probables de croire que J.J. est une enfant en besoin de protection et (b) que J.J. ne peut être protégée convenablement que si elle est amenée devant le tribunal.

Le juge Edward ordonne, au cours des procédures, l'ajout des parents de J.J. et du Conseil de bande des Six Nations à titre de parties à cette affaire<sup>99</sup>. C'est d'ailleurs le Conseil de bande qui invoque l'argument autour duquel s'articule l'ensemble des motifs du juge Edward. Selon le Conseil de bande, l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*<sup>100</sup> (ci-après « l'article 35(1) ») s'applique à la situation de

---

<sup>98</sup> L'article 40(4) de la LSEF prévoit ceci : « Si le tribunal est convaincu, à la suite d'une requête d'une personne et sur avis à la société, qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire :

a) d'une part, qu'un enfant a besoin de protection, que l'affaire a été portée à la connaissance de la société, que la société n'a pas présenté la requête visée au paragraphe (1) et qu'aucun préposé à la protection de l'enfance n'a demandé le mandat prévu au paragraphe (2) ni n'a appréhendé l'enfant en vertu du paragraphe (7);

b) d'autre part, que l'enfant ne peut être protégé convenablement que s'il est amené devant le tribunal, le tribunal peut ordonner :

c) soit que la personne responsable de l'enfant l'amène devant le tribunal à la date, à l'heure et au lieu indiqués dans l'ordonnance pour tenir l'audience visée au paragraphe 47 (1) et décider si l'enfant a besoin de protection;

d) soit que le préposé à la protection de l'enfance au service de la société conduise l'enfant dans un lieu sûr, si le tribunal est convaincu que l'ordonnance visée à l'alinéa c) ne protégerait pas suffisamment l'enfant. » *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 40(4).

<sup>99</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [5].

<sup>100</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.), art.35.

J.J.<sup>101</sup>, soit la décision parentale d'exercer individuellement le droit constitutionnellement protégé d'un peuple ou d'une communauté autochtone de recourir à la médecine traditionnelle<sup>102</sup>.

L'article 35(1) de la LC de 1982 se lit comme suit : « 35 (1). Les droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés »<sup>103</sup>. Les droits ancestraux se divisent en deux catégories : (1) les droits qui ont pour objet des activités particulières, c'est-à-dire des pratiques sociales, religieuses ou culturelles autochtones que Ghislain Otis désigne sous le vocable «droits-activités» et, (2) les droits relatifs à la terre qui ont trait plus précisément au titre foncier, soit ce que l'on nomme le «titre aborigène»<sup>104</sup>. Les droits ancestraux sont des droits collectifs (*communal rights*)<sup>105</sup> qui comprennent le droit pour le groupe de déterminer les conditions d'individualisation (ou les modalités d'exercice individuel de ce droit)<sup>106</sup>.

---

<sup>101</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [60].

<sup>102</sup> Nous insistons sur «l'exercice individuel» du droit collectif à la médecine traditionnelle autochtone puisque, dans les circonstances qui nous occupent, le droit ancestral invoqué n'est pas exercé par une communauté, mais bien par des individus membres d'une communauté.

<sup>103</sup> *Loi constitutionnelle de 1982*, préc., note 100.

<sup>104</sup> Ghislain OTIS, «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones», (1999) 40 *C. de D.*, 591, 603 et Ghislain OTIS, «L'autonomie personnelle au Coeur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis* ?», (2007) 52 *R.D. McGill* 657, 663.

<sup>105</sup> En matière de « droits-activités », nous nous référons aux décisions suivantes : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1112; *R. c. Sappier/R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686, [26] et *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207, [24] : «Les droits ancestraux sont des droits collectifs: ils doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales.» Ce principe est également valide pour le titre aborigène, voir *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, [115].

<sup>106</sup> Un droit ancestral apparaît d'ailleurs pour Ghislain Otis comme un « droit-compétence ». G. OTIS, «L'autonomie personnelle au Coeur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis* ?», préc., note 104, 664.

Le Conseil de bande est d'avis que le droit à la médecine traditionnelle est un droit ancestral protégé par l'article 35(1) et donc un droit constitutionnel. Cette prétention met en opposition une loi provinciale (la LSEF) et l'article 35 (1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. À notre avis, c'est l'inapplicabilité de certaines dispositions de la LSEF lorsqu'un droit ancestral à la médecine traditionnelle est invoqué qui est implicitement soulevé par les prétentions du Conseil de bande. Ainsi, il est fort étonnant dans cette affaire que le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Canada ne reçoivent aucun avis afin d'intervenir<sup>107</sup>.

Dans cette affaire, le juge Edward formule la question en litige comme suit: « [t]he real issue in this application is whether the court is satisfied there are reasonable and probable grounds to believe J.J. is a child in need of protection »<sup>108</sup>. En réponse à cette question, l'hôpital requérant prétend que J.J. est un enfant en besoin de protection suite à la décision prise par sa mère de cesser les traitements de chimiothérapie<sup>109</sup>. En défense, le Conseil de bande des Six Nations argue que les parents de J.J. ont un droit ancestral constitutionnel à la médecine traditionnelle autochtone, un droit protégé par l'article 35(1) de la LC de 1982. Comme nous l'avons déjà mentionné, la première portion de l'article 40(4) de la LSEF prévoit que le tribunal doit être convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire que : (a) J.J. est une enfant en besoin de protection et que (b) l'enfant ne peut

---

<sup>107</sup> L'article 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario prévoit notamment qu'« [u]n avis d'une question constitutionnelle est signifié au procureur général du Canada et au procureur général de l'Ontario dans les circonstances suivantes : 1. La constitutionnalité ou l'applicabilité constitutionnelle d'une loi du Parlement du Canada ou de la Législature, d'un règlement ou règlement municipal pris sous son régime ou d'une règle de common law est en cause. (...) ». *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, c. C-43, art. 109..

<sup>108</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [54].

<sup>109</sup> *Id.*, [57].

être convenablement protégé que s'il est amené devant le tribunal. Ainsi, la question en litige porte sur la partie (a) de la première portion de l'article 40(4) de la LSEF. La seconde portion de l'article 40(4) de la LSEF prévoit que le tribunal peut ordonner que l'enfant soit amené devant le tribunal pour tenir une audience portant sur la protection de l'enfant conformément à l'article 47(1) de la LSEF et ainsi déterminer si l'enfant a besoin de protection<sup>110</sup>. Cette ordonnance est possible seulement si le tribunal est convaincu qu'il existe des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant en besoin de protection et que cet enfant doit être amené devant le tribunal pour être protégé. Or, dans les circonstances, le juge Edward ne répond pas à la question en litige (soit la partie (a) de l'article 40(4)), il saute à la dernière étape et conclut que J.J. ne peut pas être un enfant en besoin de protection (sans au préalable l'avoir amené devant le tribunal)<sup>111</sup>. Le juge Edward se prononce sur le fond de la question. Il ne vérifie pas s'il existe des motifs raisonnables de croire que l'enfant peut être en besoin de protection. Autrement dit, le juge Edward estime qu'un enfant autochtone n'a pas à être amené devant le tribunal pour déterminer s'il est en besoin de protection lorsque ses parents exercent un droit ancestral à la médecine traditionnelle.

---

<sup>110</sup> L'article 47(1) de la LSEF prévoit ceci: « Si une requête est présentée en vertu du paragraphe 40 (1) ou que le tribunal est saisi d'une question visant à déterminer si un enfant a besoin de protection, le tribunal tient une audience afin de décider de cette question et rend l'ordonnance visée à l'article 57.» *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 47(1).

<sup>111</sup> La conclusion du juge Edward se retrouve au paragraphe 83 de son jugement: « In applying the foregoing reasons to the applicant's subsection 40(4) application, I cannot find that J.J. is a child in need of protection when her substitute decision-maker has chosen to exercise her constitutionally protected right to pursue their traditional medicine over the applicant's stated course of treatment of chemotherapy». [Nos soulignements] *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [83].

## 2.2 Analyse critique des motifs du jugement

Dans ses motifs, le juge Edward analyse essentiellement la prétention du Conseil de bande selon laquelle les parents de J.J. peuvent exercer individuellement un droit ancestral à la médecine traditionnelle constitutionnellement protégé par l'article 35(1) de la LC de 1982. Afin de saisir ce que sont les droits ancestraux prévus à l'article 35(1), il se réfère à la décision *R. c. Van der Peet*<sup>112</sup>, un arrêt rendu par la Cour suprême en 1996. Or, le juge Edward ne prend pas en compte les développements jurisprudentiels subséquents à l'arrêt *R. c. Van der Peet* qui apportent des nuances aux conditions établies dans cette décision pour déterminer ce que sont les droits ancestraux. Il est notamment reproché aux motifs de la Cour rendus par le juge Lamer dans l'arrêt *R. c. Van der Peet* de figer les droits ancestraux dans une conception identitaire des autochtones ancrée dans le passé<sup>113</sup>.

L'exposé des faits entourant l'arrêt *R. c. Van der Peet* est simple : Mme Dorothy Van der Peet, membre des Sto:lo, une communauté autochtone de la Colombie-Britannique, vend le 11 septembre 1987 10 saumons pêchés par Steve et Charles

---

<sup>112</sup> *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

<sup>113</sup> À titre d'exemple, dans *R. c. Sappier/Gray*, la Cour suprême critique l'approche du juge Lamer dans *R. c. Van der Peet* en ce qui concerne le sens à donner à l'expression « culture distinctive » : « [...] Comme je l'ai expliqué précédemment, dans *Van der Peet* notre Cour a voulu définir la portée de l'art. 35 de la Constitution d'une manière qui permette de cerner à la fois l'aspect « ancestral » et l'aspect « droit » dans l'expression « droits ancestraux ». Le juge en chef Lamer a parlé de la «nécessaire spécificité qui résulte de la protection constitutionnelle spéciale accordée à un segment de la société canadienne » (par. 20). C'est cette spécificité autochtone qui est visée par la notion de «culture distinctive ». Toutefois, [TRADUCTION] « l'autochtonité ne se résume manifestement pas à des pratiques culturelles intéressantes et des curiosités anthropologiques dignes uniquement d'un musée » (C. C. Cheng, « Touring the Museum : A Comment on *R. v. Van der Peet* » (1997), 55 *U.T. Fac. L. Rev.* 419, p. 434). R. L. Barsh et J. Y. Henderson soutiennent que, du fait de l'arrêt *Van der Peet*, la notion de [TRADUCTION] « “culture” est désormais comprise, implicitement, comme une liste figée de traits ou de caractéristiques » (« The Supreme Court's *Van der Peet* Trilogy : Naive Imperialism and Ropes of Sand » (1997), 42 *R.D. McGill* 993, p. 1002). » [Nos soulignements] *R. c. Sappier/R. c. Gray*, préc., note 105, [42].

Jimmy. Mme Van der Peet est accusée d'avoir vendu ces poissons pêchés en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens contrairement à l'article 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* (ci-après «le Règlement»)<sup>114</sup>.

Mme Van der Peet invoque en défense qu'elle pouvait vendre ces poissons puisqu'elle exerçait un droit ancestral. Elle invoque le fait que les restrictions de l'article 27(5) du *Règlement* sont invalides puisque contraires à l'article 35(1) de la LC de 1982 et qu'elles portent atteinte à son droit ancestral de vendre du poisson.

Le juge Lamer établit deux conditions d'existence à ces droits ancestraux qui s'incarnent dans les pratiques sociales, religieuses ou culturelles d'une communauté, c'est-à-dire aux «droits-activités»<sup>115</sup>. La première condition consiste à vérifier si le droit-activité invoqué par les autochtones est « [...] un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question »<sup>116</sup>. Une définition actuelle des termes «culture distinctive autochtone» se retrouve dans la décision *R. c. Sappier/Gray*:

Pour savoir ce que signifie la « culture », il faut en fait se demander en quoi consistait le mode de vie d'une collectivité autochtone donnée avant le contact avec les Européens, y compris ses moyens de subsistance, ses méthodes de socialisation, son système juridique et, éventuellement, ses habitudes de troc. Le qualificatif « distinctif » est utilisé pour incorporer un élément de spécificité autochtone. Toutefois,

---

<sup>114</sup> «27. (5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens». *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, art. 27(5).

<sup>115</sup> *Supra*, p. 30.

<sup>116</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 112, [46].

« distinctif » n'a pas le sens de « distinct », et la notion d'autochtonité ne saurait être réduite à des [TRADUCTION] « stéréotypes racialisés envers les peuples autochtones »<sup>117</sup>.

De plus, dans l'arrêt *R. c. Sappier/Gray*, la Cour suprême précise que l'activité pratiquée par la communauté peut avoir évolué dans le temps et que l'on doit reconnaître l'évolution de cette pratique, autrement cela aurait « pour effet de figer le droit dans sa forme antérieure au contact »<sup>118</sup>. Une décision subséquente à l'arrêt *R. c. Sappier/Gray* précise notamment dans quelle mesure cette évolution est reconnue. En effet, dans l'arrêt *Lax Kw'alaams*, le juge Binnie affirme qu'« une évolution naturelle ne justifie pas l'octroi d'un droit différent sur les plans quantitatif et qualitatif »<sup>119</sup>, c'est-à-dire qu'il doit y avoir une continuité proportionnelle « entre les pratiques, coutumes et traditions ancestrales et le droit ancestral contemporain revendiqué [...] »<sup>120</sup>.

Dans *R. c. Van der Peet*, le juge Lamer insiste sur l'importance de la culture distinctive la qualifiant alors de « caractéristique déterminante de la culture en

---

<sup>117</sup> Cette définition plus actuelle constitue l'une des évolutions jurisprudentielles non considérées par le juge Edward. *R. c. Sappier/R. c. Gray*, préc., note 105, [45]. Autrement dit, en différenciant le terme « distinct » du terme « distinctif », la Cour suprême affirme qu'un « droit-activité » relève d'une pratique distinctive et non distincte (différente) d'une activité pratiquée par les Européens avant leur contact. On a voulu permettre la reconnaissance d'activités autochtones qui pouvaient être également pratiquées par les Européens, soit des activités que les autochtones avaient en commun avec les Européens (pourvu que la pratique de ces activités ne soit pas le résultat de l'influence européenne).

<sup>118</sup> *Id.*, [48-49].

<sup>119</sup> *Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535, [8].

<sup>120</sup> *Id.*, [7]. Dans cette affaire, les Lax Kw'alaams et d'autres nations revendiquent un droit de pêche commerciale qui comprendrait le droit de vendre commercialement « toutes les espèces de poissons vivant dans leurs eaux traditionnelles ». [1] Or, avant le contact avec les européens, les Lax Kw'alaams pratiquaient une pêche de subsistance et faisaient du commerce seulement en ce qui concerne la graisse d'eulakane (un poisson qui ressemble à l'éperlan). La Cour suprême conclut à « l'absence de continuité et de proportionnalité dans la tentative des Lax Kw'alaams d'instaurer une pêche commerciale pleine et entière au XXI<sup>e</sup> siècle sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral de la graisse de l'eulakane ». [8].

cause»<sup>121</sup> dont l'absence modifierait fondamentalement celle-ci. Cet extrait est d'ailleurs repris par le juge Edward au paragraphe 67 de son jugement dans l'affaire *Hamilton*. Or, dans *R. c. Sappier/Gray*, la Cour suprême a mis un terme à cette thèse voulant « que la pratique antérieure au contact sur laquelle repose le droit revendiqué doit être au cœur de l'identité de la société, c'est-à-dire constituer le trait distinctif le plus déterminant »<sup>122</sup>.

La seconde condition établie par le juge Lamer dans *R. c. Van der Peet* exige que l'activité ou la coutume (qui fait partie intégrante de la culture autochtone) existait avant le contact avec les Européens, puisque : «[...] c'est le fait que des sociétés autochtones distinctives vivaient sur le territoire avant l'arrivée des Européens qui est le fondement des droits ancestraux protégés par le par. 35(1)»<sup>123</sup>.

Enfin, dans cette affaire, la Cour suprême conclut que Mme Van der Peet n'a pas réussi à démontrer que l'échange de poisson contre des biens ou de l'argent était une partie intégrante de la culture distinctive des Sto:lo avant le contact avec les européens. Conséquemment, l'acte posé par Mme Van der Peet ne constitue pas un droit ancestral protégé par l'article 35(1).

---

<sup>121</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 112, [59].

<sup>122</sup> *R. c. Sappier/R. c. Gray*, préc., note 105, [40].

<sup>123</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 112, [60].



Ainsi, dans l'affaire *Hamilton*, le juge Edward analyse les conditions établies dans *R. c. Van der Peet* après les avoir admises telles quelles<sup>124</sup>. Aux fins de son analyse, il admet le témoignage de la professeure Dawn Martin-Hill, de l'Université de McMaster, à titre d'expertise sur la médecine traditionnelle des Premières Nations. Il admet en preuve au soutien du témoignage de la professeure Martin-Hill deux publications relatives à la médecine traditionnelle. La première publication est relative aux origines de la création du monde selon les croyances Haudenosaunee. Le juge Edward cite d'ailleurs dans son jugement un extrait de cette publication dans lequel on apprend l'importance de la tradition orale et de l'origine de la transmission des connaissances relatives à la médecine traditionnelle<sup>125</sup>. À l'égard de cette publication, le juge Edward affirme ceci: «Certainly, this creation story supports the conclusion of traditional medicines by Six Nations was practices prior to European contact»<sup>126</sup>, ce qui satisfait la deuxième condition établie dans *Van der Peet*.

La seconde publication permet au tribunal de conclure que la médecine traditionnelle fait partie intégrante de la culture des Six Nations, ce qui satisfait la première condition établie dans *Van der Peet*. Dans cette publication de la professeure Martin-Hill, le juge Edward reprend un passage où la professeure cite un article de 1996 de Christopher Jocks, un professeur spécialisé dans l'étude des communautés autochtones canadiennes et américaines, qui affirme, en parlant des pratiques spirituelles et des cérémonies traditionnelles, que celles-ci sont durables et

---

<sup>124</sup> Comme nous l'avons déjà expliqué, le juge Edward ne prend pas en compte les développements jurisprudentiels subséquents à l'arrêt *R. c. Van der Peet*.

<sup>125</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [77].

<sup>126</sup> *Id.*, [78].

indispensables étant pour les autochtones une «bouée de sauvetage» dans un océan d’adversité menaçant encore leur survie. Le juge Edward se défend d’emprunter ces concepts plutôt généralistes que sont les cérémonies traditionnelles et les pratiques spirituelles autochtones en invoquant le témoignage de la Dre Karen Hill. Cette dernière pratique la « médecine occidentale » sur la réserve des Six Nations dans une clinique médicale qu’elle partage avec une collègue qui pratique la médecine traditionnelle. Le juge Edward se fonde donc sur cette preuve pour conclure ce qui suit :

The traditional medicine continues to be practised on Six Nations as it was prior to European contact and, in this court’s view, there is no question it forms an integral part of who the Six Nations are.<sup>127</sup>

*Élément omis par le juge Edward*

Dans cette affaire, le juge Edward semble omettre l’évaluation de plusieurs éléments essentiels qui auraient été susceptibles de modifier l’issue de cette affaire s’ils avaient été considérés. Alors que le Conseil de bande invoque un droit ancestral à la médecine traditionnelle protégé par l’article 35(1) de la LC de 1982 contre l’applicabilité d’une loi provinciale (LSEF), le juge Edward omet d’en aviser le procureur général de l’Ontario et du Canada. Il ne répond pas à la question en litige qui prévoit une analyse préliminaire du besoin de protection de l’enfant, à savoir s’il existe des motifs raisonnables et probables de croire que J.J. est un enfant en besoin de protection. Il passe sous silence l’évolution de la jurisprudence qui a suivi l’arrêt *Van der Peet* en ce qui concerne la reconnaissance des droits ancestraux. Il néglige les faits entourant les traitements «alternatifs» reçus par J.J., ceux-ci lui furent

---

<sup>127</sup> *Id.*, [79].

prodigués dans une clinique de médecines alternatives de West Palm Beach en Floride<sup>128</sup> et non au sein de sa communauté selon la médecine traditionnelle pratiquée par celle-ci. Il traite de l'exercice individuel du droit collectif à la médecine traditionnelle autochtone exactement de la même manière que de l'exercice individuel d'un droit collectif de pêche ou de chasse.

Somme toute, à notre avis, la plus considérable de ces omissions est relative à la restriction des droits ancestraux. En effet, le juge Edward évacue complètement de son jugement la possibilité que les droits ancestraux puissent être restreints (tant à l'externe qu'à l'interne). Il se limite notamment à citer un extrait de l'ouvrage du professeur Peter W. Hogg dans lequel ce dernier mentionne que l'article 35(1) est situé hors de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, n'est pas assujéti au test de justification de l'article premier de celle-ci. Or, tel que nous le verrons plus loin, dans ce même extrait, le professeur Hogg précise également qu'il peut, à des conditions semblables à l'article premier, être porté atteinte aux droits ancestraux. Plus loin dans son ouvrage, il cite à cet égard le test de justification établi par la Cour suprême dans la décision *R. c. Sparrow*<sup>129</sup> (soit, à notre avis, une restriction externe aux droits ancestraux)<sup>130</sup>. Au cours de la troisième section du présent essai, nous examinerons cette omission du juge Edward de se questionner sur

---

<sup>128</sup> Le Hippocrates Health Institute offre «[TRADUCTION] des consultations sur la santé et la nutrition, des remèdes non invasifs, des massages, des services de spas, des thérapies de rejuvénation, des discussions inspirantes sur les principes de la vie et un buffet riche en enzymes et repas biologiques». HIPPOCRATES HEALTH INSTITUTE, *About Hippocrates*, en ligne : <<http://hippocratesinst.org/the-institute/about-hippocrates>> (consulté le 3 novembre 2015).

<sup>129</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 105.

<sup>130</sup> Peter W. HOGG, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014, p.28-46, voir les notes en bas de page 230-234.

de possibles limites (externe et interne) au droit-activité à la médecine traditionnelle autochtone.

### *Jugement modifié*

Le 24 avril 2015, la décision rendue par le juge Edward fait l'objet d'une modification à la suite de la soumission d'une entente signée par toutes les parties pour en modifier les motifs<sup>131</sup>. Cette entente fait suite aux discussions entreprises par le procureur général de l'Ontario avec la famille de J.J. et sa communauté à la suite du jugement rendu par le juge Edward le 14 novembre 2014<sup>132</sup>. Or, en mars 2015, alors que J.J. est considérée en rémission, la maladie récidive. À ce moment, la famille de J.J. convient que celle-ci devra dorénavant supporter des traitements de chimiothérapie en même temps qu'elle devra subir des traitements de médecine traditionnelle Haudenosaunee. On requiert alors que le tribunal précise sa décision conformément à l'entente intervenue entre les parties de façon à ce que le meilleur intérêt de l'enfant soit reconnu comme étant primordial tout en reconnaissant le droit à la médecine traditionnelle. Le juge abonde dans le même sens que les parties, approuve l'entente intervenue entre les parties et permet d'adjoindre les paragraphes (83a et 83b) rédigés par celles-ci à son jugement<sup>133</sup>. Selon lui, cette entente et l'ajout

---

<sup>131</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2015 ONCJ 229.

<sup>132</sup> Ce dialogue fut engagé afin d'éviter que cette affaire soit portée en appel. *Id.*

<sup>133</sup> Les paragraphes 83a et 83b se lisent comme suit: « [83a] But, implicit in this decision is that recognition and implementation of the right to use traditional medicines must remain consistent with the principle that the best interests of the child remain paramount. The aboriginal right to use traditional medicine must be respected, and must be considered, among other factors, in any analysis of the best interests of the child, and whether the child is in need of protection. Taking into account the aboriginal right, and the constitutional objective of reconciliation and considering carefully the facts of this case, I concluded that this child was not in need of protection. [83b] In law as well as in practice, then, the Haudenosaunee have both an aboriginal right to use their own traditional medicines and health practices, and the same right as other people in Ontario to use the medicines and health

de ces nouveaux paragraphes sont compatibles avec les motifs de sa décision. À cet égard, il mentionne ceci :

In this court's view, this historical recital not only explains the reason aboriginal rights exist, it also speaks to the enduring legacy of aboriginal peoples and how the core tenets of their culture and society have allowed them to flourish for centuries. One of these core tenets, and something this court is reminded of regularly in dealing with child protection cases involving the Haudenosaunee, is the ultimate respect accorded to their children. They are considered gifts from the Creator. So it is then that, in considering both the facts of this case as expressed by the mother and the history as it relates to aboriginal peoples, it does no mischief to my decision to recognize that the best interests of the child remains paramount<sup>134</sup>. [Nos soulignements]

Nous sommes plutôt d'avis que l'ajout de ces nouveaux paragraphes occasionne d'importantes contradictions. Tout d'abord, on y mentionne que le meilleur intérêt de l'enfant demeure «suprême» (en anglais, le juge emploi le terme «paramount»). On ajoute que le droit ancestral à la médecine traditionnelle doit être respecté et qu'il doit être pris en considération dans l'analyse du meilleur intérêt de l'enfant. Le paragraphe 83 a) est en lui-même contradictoire car (1) on impose le respect du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone et (2) on exige que soit pris en considération ce droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone dans l'analyse de l'intérêt de l'enfant (principe que l'on vient tout juste de le sacrer «suprême»). Est-ce l'intérêt de l'enfant qui prime ou le respect du droit ancestral à la

---

practices available to those people. This provides Haudenosaunee culture and knowledge with protection, but it also gives the people unique access to the best we have to offer. Facing an unrelenting enemy, such as cancer, we all hope for and need the very best, especially for our children. For the Haudenosaunee, the two sets of rights mentioned above fulfill the aspirations of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, which states in article 24, that "Indigenous peoples have the right to their traditional medicines and to maintain their health practices ... Indigenous individuals also have the right to access, without any discrimination, to all social and health services."». *Id.*, [83a-83b].

<sup>134</sup> *Id.*, [4].

médecine traditionnelle autochtone? Les parties tentent de concilier le droit ancestral à la médecine traditionnelle avec la notion du meilleur intérêt de l'enfant étant donné que les parties se sont entendues pour que les traitements de chimiothérapie aient lieu conjointement avec les traitements de médecine traditionnelle Haudenosaunee.

En plus d'être en lui-même contradictoire, le paragraphe 83a) dément les motifs initiaux du juge Edward. En effet, comme nous l'avons mentionné précédemment, alors qu'il n'est qu'à l'étape préliminaire de l'analyse du paragraphe 40(4) de la LSEF, le juge Edward tranche sur le fond que J.J. ne peut pas être en besoin de protection puisque sa mère a choisi d'exercer un droit ancestral à la médecine traditionnelle. Il relègue ainsi, à notre avis, l'intérêt de l'enfant au second plan et fait primer le respect du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone<sup>135</sup>.

Ensuite, au paragraphe 83b), la notion du meilleur intérêt de l'enfant prend de l'importance. On y admet que les Haudenosaunee retirent le meilleur des deux médecines puisque ces derniers ont un droit ancestral de recourir à des médecines traditionnelles et, comme tout citoyen, un droit aux services de santé prodigués conformément à la médecine moderne. Il est donc question d'utiliser ces deux médecines dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Enfin, les conclusions recherchées par chacune des parties dans l'instance initiale diffèrent de celles recherchées à la suite du dépôt par les parties de l'entente intervenue entre elles. En effet, dans les circonstances entourant l'instance initiale, la

---

<sup>135</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [83].

médecine traditionnelle autochtone est mise en opposition avec les traitements de chimiothérapie. Autrement dit, les parents de J.J. et sa communauté cherchent à ce que leur soit reconnu le droit ancestral de recourir uniquement à la médecine traditionnelle autochtone et ainsi exclure les traitements de chimiothérapie des soins prodigués à J.J.. La conclusion recherchée par les parents de J.J. est donc inconciliable avec le meilleur intérêt de l'enfant qui serait plutôt de subir des traitements de chimiothérapie dont les chances de succès avoisinent les 90%. Or, au dépôt de l'entente, les parties cherchent à judiciaireiser leur entente en conciliant le meilleur intérêt de l'enfant et le droit ancestral à la médecine traditionnelle. À ce moment, les parents de J.J. ne sont plus à la quête de la reconnaissance du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone de façon exclusive, c'est-à-dire de manière à exclure la pratique de tout traitement médical «moderne». Ils sont plutôt d'avis que J.J. doit recevoir des traitements de chimiothérapie tout en continuant ses traitements traditionnels. Ainsi, les nouveaux enjeux font en sorte que les paragraphes 83a et 83b rédigés par les parties et acceptés par le juge Edward sont, à notre avis, hors sujet et occasionnent une contradiction avec les motifs du juge Edward. Nous sommes d'avis que l'intérêt de l'enfant aurait dû être affirmé par le juge Edward dans son jugement initial. Conséquemment, dans la troisième partie de cet essai, nous limiterons notre analyse au jugement initial du juge Edward, plus précisément aux occasions manquées par le juge Edward d'affirmer l'intérêt de l'enfant.

### 3. Analyse comparative

Cet essai cherche à comparer les motifs du juge Edward dans l'affaire *Hamilton* à ceux de la Cour suprême dans la décision *B.(R.)*. Dans cette dernière, comme nous l'avons observé, la plupart des juges de la Cour suprême font primer l'intérêt de l'enfant sur les droits individuels des parents de la petite Sheena et ce, de plusieurs façons<sup>136</sup>. Ils établissent ainsi des limites aux droits et libertés invoqués par les parents. Cette analyse des limites aux droits et libertés dans la décision *B.(R.)* semble manquer dans l'affaire *Hamilton*. En effet, le juge Edward ne semble pas se questionner sur de possibles limites au droit ancestral autochtone à la médecine traditionnelle. Il semble présumer que ce «droit-activité» ne comporte aucune limite. La présente partie de cet essai porte sur cette absence de constats de limites par le juge Edward contrairement aux juges de la Cour suprême dans l'affaire *B.(R.)*.

#### **3.1 Une faille observée dans les motifs de la décision *Hamilton*: l'absence de limites au « droit-activité » à la médecine traditionnelle autochtone invoqué afin de refuser des soins pour un enfant mineur**

Les motifs originaux du juge Edward dans l'affaire *Hamilton* supposent que les droits-activités n'ont aucune limite ni intrinsèque ni extrinsèque. À notre avis, une telle analyse n'est pas exacte. Le droit-activité à la médecine traditionnelle contient l'une et l'autre des limites (intrinsèque et extrinsèque). Nous sommes d'avis que l'intérêt de l'enfant doit être considéré comme une limite intrinsèque à l'exercice

---

<sup>136</sup> Nous employons l'expression « la plupart » dans cette phrase puisque dans le jugement *B.(R.)*, ce ne sont pas tous les juges qui font primer le meilleur intérêt de l'enfant. En effet, le raisonnement du juge Lamer se limite à l'analyse du droit à la liberté garanti par l'article 7 de la *Charte* et ne consiste d'aucune façon à faire primer l'intérêt de l'enfant sur les droits des parents.



d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone<sup>137</sup>. Comme nous le verrons plus loin dans la présente partie de cet essai, nous sommes d'avis que cette limite intrinsèque est comparable à cette limite à la liberté de religion garantie par l'article 2a) de la *Charte* établie par les juges Iacobucci et Major dans l'affaire *B.(R.)*<sup>138</sup>.

Comme nous l'avons déjà expliqué, le juge Edward se réfère à un extrait de l'ouvrage du professeur Peter W. Hogg et ne retient de cet extrait que le principe selon lequel le test de justification de l'article premier de la *Charte* ne s'applique pas à l'article 35(1) puisque situé hors de celle-ci<sup>139</sup>. L'extrait cité par ce dernier se lit comme suit :

Section 35 is outside the *Charter of Rights* which occupies sections 1 to 34 of the *Constitution Act, 1982*. The location of s. 35 outside the *Charter of Rights* provides certain advantages. The rights referred to in s. 35 are not qualified by s.1 of the Charter, that is, the rights are not subject to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society" although, as we shall see, they are subject to reasonable regulation according to principles similar to those applicable to s.1. (...) <sup>140</sup> [Nos soulignements]

Or, comme nous le soulignons, dans ce même extrait, il est fait mention qu'une atteinte à un droit ancestral peut être justifiée en appliquant des principes analogues à l'article premier de la *Charte* et qu'implicitement une atteinte à un droit protégé à l'article 35(1) est possible. Le juge Edward semble négliger cette mention lors de son

---

<sup>137</sup> La limite intrinsèque constitue à notre avis une balise interne de ce droit à la médecine traditionnelle autochtone avant que soit apportée des restrictions justifiées à ce droit. Autrement dit, il s'agit de l'étendue et de la portée du droit à la médecine traditionnelle.

<sup>138</sup> *Infra*, p. 54.

<sup>139</sup> *Supra*, p. 39.

<sup>140</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [61].

analyse. La Cour suprême, dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*<sup>141</sup> effectue justement un rapprochement entre le test de justification de l'arrêt *Sparrow* et le test de l'article premier de la *Charte*.

### *Test de justification de l'arrêt Sparrow*

C'est dans *R. c. Sparrow* que la Cour suprême admet pour la première fois que l'on puisse justifier une atteinte aux droits ancestraux<sup>142</sup>. Les droits protégés par l'article 35(1) ne sont pas des droits absolus et sont sujets à des restrictions conformes aux critères de justification<sup>143</sup>. Dans la situation qui nous occupe, il s'agit de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* qui est en cause, une loi provinciale. Cette loi doit passer le test de l'arrêt *Sparrow* pour qu'une atteinte à un droit ancestral soit justifiée. Ainsi, le test de l'arrêt *Sparrow* revêt une importance décisive quant à l'issue du procès. La conclusion recherchée conformément à la LSEF par l'hôpital requérant porte atteinte à un droit ancestral à la médecine traditionnelle. En effet, si la Cour déclare que J.J. est un «enfant en besoin de protection» au sens de la LSEF, cette déclaration aurait pour effet de porter atteinte à ce droit ancestral<sup>144</sup>. Ce test comporte deux étapes. La première étape consiste à se demander s'il existe un objectif législatif régulier<sup>145</sup> ou «impérieux et réel»<sup>146</sup>, c'est-à-dire si l'objectif visé

---

<sup>141</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256.

<sup>142</sup> *R. c. Sparrow*, préc., note 105, 1109.

<sup>143</sup> P. W. HOGG, préc., note 130 et *R. c. Sparrow*, préc., note 105, 1108-1109.

<sup>144</sup> La LSEF prévoit qu'une fois déclarée «enfant en besoin de protection», le tribunal doit rendre l'une des ordonnances visée à l'article 57 de la LSEF (ordonnance portant sur la surveillance de l'enfant, ordonnance où l'enfant devient pupille de la Société, ordonnance où l'enfant devient pupille de la Couronne, ordonnances consécutives). Cette ordonnance aura vraisemblablement pour conséquence de soumettre J.J. à des traitements de chimiothérapie, soit que l'enfant devienne pupille de la Société (art. 62(3)). *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 57 et 62(3).

<sup>145</sup> Dans *Sparrow*, le juge en chef Dickson et le juge La Forest mentionnent que sont également des objectifs réguliers, «des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1)

par la législature en adoptant la LSEF est régulier<sup>147</sup>. La seconde consiste à s'assurer que l'honneur de Sa Majesté n'est pas compromis en transigeant avec les autochtones. Ce principe, comme nous l'abordons plus loin dans cette section, est substitué par «l'obligation fiduciaire» de la Couronne dans l'arrêt *Nation Tsilhqot'in*.

L'interprétation téléologique constitue le principe général d'interprétation des droits constitutionnels<sup>148</sup>. Selon Luc B. Tremblay, l'interprétation téléologique se définit comme : «(...) une forme de raisonnement par lequel le sens d'un texte juridique (par exemple, une règle, un principe ou autres normes) est déterminé en fonction de son but, son objet ou sa finalité»<sup>149</sup>. Dans la décision *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, la juge en chef McLachlin et la juge Karakatsanis précisent d'ailleurs que « [d]ans le contexte constitutionnel, notre Cour a reconnu que l'honneur de la Couronne exige que le par. 35(1) soit interprété de façon libérale, en accord avec son objet»<sup>150</sup>. L'objet de ce principe qu'est l'honneur de la Couronne

---

lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels». [Nos soulignements] *R. c. Sparrow*, préc., note 105, 1110 et 1113.

<sup>146</sup> Les décisions de la Cour suprême subséquentes à l'arrêt *Sparrow* emploient les termes «objectifs jugés impérieux et réels» dans l'évaluation du premier volet du test de justification plutôt qu'«objectif législatif régulier». C'est notamment le cas des décisions suivantes : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 105, [161], *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 141, [80] et *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, [69].

<sup>147</sup> *R. c. Sparrow*, supra note 105, 1110.

<sup>148</sup> *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 cité par Maxime ST-HILAIRE, «*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*: bonne décision, mauvaises raisons», (2014) 44 R.G.D. 445, 466.

<sup>149</sup> Luc B. TREMBLAY, «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», (1995) 29 R.J.T. 459, 462.

<sup>150</sup> *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623, [76]. Dans cette affaire, on reproche à la Couronne fédérale de ne pas avoir agi honorablement dans l'exécution d'une promesse constitutionnelle, soit de ne pas avoir mis en œuvre la disposition prévoyant la concession de terres à des enfants de familles métisses conformément à l'article 31 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*. *Id.*, [154].

consiste en la conciliation de la préexistence des autochtones avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne<sup>151</sup>. Dans cette décision, on résume d'ailleurs l'origine de ce principe:

[...] En droit des Autochtones, le principe de l'honneur de la Couronne remonte à la *Proclamation royale* de 1763, qui renvoie aux «nations ou tribus sauvages qui sont en relations avec Nous et qui vivent sous Notre protection» : voir *Beckman c. Première nation Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 42. Cette «protection», toutefois, ne procédait pas d'un désir paternaliste de protéger les peuples autochtones; elle traduisait plutôt une reconnaissance de leur force. L'honneur de la Couronne n'est pas non plus un concept paternaliste<sup>152</sup>.

L'interprétation des droits ancestraux prévus à l'article 35(1) de la LC de 1982 exige donc le respect de cet objectif qu'est la conciliation entre la préexistence des autochtones sur le territoire nord-américain et l'affirmation de la souveraineté de la Couronne<sup>153</sup>. Par ailleurs, le juge Edward dans l'affaire *Hamilton* semble ne retenir de cet objectif que l'importance de la préexistence des sociétés autochtones sur le

---

<sup>151</sup> *Id.*, [66].

<sup>152</sup> *Id.* De plus, dans cet arrêt, afin de déterminer quand l'honneur de la Couronne est engagé, la Cour suprême précise que ce qui constitue un comportement honorable varie en fonction des circonstances. La Cour cite quatre exemples d'application de ce principe dont notamment le cas de l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)* où le principe de l'honneur de la Couronne a «fait naître une obligation de consultation lorsque la Couronne envisage des mesures qui auront une incidence sur un intérêt autochtone revendiqué, mais non encore établi». *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 R.C.S. 511 et *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 150, [73].

<sup>153</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 112, [31]. Il ne faut pas confondre l'objectif de l'article 35(1) qui prévoit l'affirmation de la souveraineté britannique et le moment pertinent à prendre en considération afin de reconnaître un droit-activité, soit le moment du premier contact avec les Européens. Le juge en chef Lamer fait d'ailleurs cette distinction dans l'arrêt *Van der Peet* alors qu'il traite de la période pertinente qu'il faut retenir pour les «droits-activités»: «Le fait que la doctrine des droits ancestraux sert à concilier la souveraineté de Sa Majesté avec l'existence de sociétés autochtones préexistantes n'y change rien. Bien que ce soit avec la souveraineté de Sa Majesté que les sociétés autochtones préexistantes sont conciliées, c'est à l'examen de ces sociétés préexistantes que doivent s'attacher les tribunaux dans la définition des droits ancestraux. Ce n'est pas le fait que des sociétés autochtones existaient avant l'affirmation de la souveraineté par Sa Majesté qui est pertinente mais le fait qu'elles existaient avant l'arrivée des Européens en Amérique du Nord. En conséquence, la période pertinente est celle qui a précédé l'arrivée des Européens, et non celle qui a précédé l'affirmation par Sa Majesté de sa souveraineté.» *Id.*, [61].

territoire nord-américain, négligeant la conciliation de celle-ci avec l'affirmation de la souveraineté de la Couronne. En effet, ce dernier insiste sur les propos que tient le juge Lamer dans l'arrêt *Van der Peet* sur l'origine des droits ancestraux :

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status<sup>154</sup>.

Nous ne contestons pas l'origine de l'article 35(1) établie par le juge Lamer dans la décision *Van der Peet*. Nous croyons plutôt que le juge Edward semble confondre l'origine de cet article et l'objet de celui-ci. À aucun moment au cours de son jugement, le juge Edward ne fait allusion à cet objectif de conciliation prévu à l'article 35(1). Il semble plutôt accorder une importance à la préexistence des autochtones en Amérique du Nord et aux torts causés à ces derniers pour justifier le droit des parents de J.J. d'exercer la médecine traditionnelle<sup>155</sup>. L'analyse de l'exercice individuel du droit des parents de J.J. à la pratique de la médecine traditionnelle est plus vaste que ce à quoi se restreint le juge Edward. Ainsi, cette mécompréhension de l'objectif de l'article 35(1) constitue une autre faille dans la décision *Hamilton*.

---

<sup>154</sup> *R. c. Van der Peet*, préc., note 112, [30] tel que cité par le juge Edward au paragraphe 64 de son jugement. *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, [64].

<sup>155</sup> *Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, préc., note 7, voir les [81] et [82].

Comme nous l'avons expliqué, l'analyse de l'exercice d'un droit ancestral reconnu et affirmé à l'article 35(1) doit notamment tenir compte de l'évolution jurisprudentielle de la Cour suprême depuis l'arrêt *Van der Peet*, de l'objectif de conciliation prévu à l'article 35(1) et du test de justification de l'arrêt *Sparrow*, qui, comme nous l'observerons au cours de la prochaine section, se voit reformulé par l'arrêt *Nation Tsilqhot'in*.

#### *Reformulation du test de justification de l'arrêt Sparrow dans Nation Tsilqhot'in*

La juge en chef McLachlin reprend le test énoncé dans l'arrêt *Sparrow* et le reformule ainsi :

[...] le gouvernement doit établir : (1) qu'il s'est acquitté de son obligation procédurale de consultation et d'accommodement; (2) que ses actes poursuivaient un objectif impérieux et réel; et (3) que la mesure gouvernementale est compatible avec l'obligation fiduciaire qu'a la Couronne envers le groupe : *Sparrow*.<sup>156</sup>

La Cour impose tout d'abord une nouvelle étape au test, une étape de consultation et d'accommodement<sup>157</sup>. Ensuite, comme nous l'avons mentionné précédemment, la Cour substitue l'exigence du respect du principe de l'honneur de la Couronne par l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Ayant auparavant distingué le principe de l'honneur de la Couronne de l'obligation de fiduciaire dans l'affaire *Manitoba Metis Federation Inc.*<sup>158</sup>, la Cour suprême renoue avec une confusion de ces principes, confusion qui semblait révolue. Cette obligation de fiduciaire est reconnue pour la

---

<sup>156</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 141, [77].

<sup>157</sup> Pour davantage d'information quant à l'obligation de consultation et d'accommodement, nous vous référons aux paragraphes 78 et 79 du jugement. *Id.*, [78-79].

<sup>158</sup> *Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, préc., note 150, [47-50] et [65-67].

première fois dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*<sup>159</sup> en 1984. Dans cette affaire, une bande indienne cède ses droits sur des terres à la Couronne fédérale afin que cette dernière les loue à un club de golf au profit de cette bande. Cette exigence historique qu'est la cession de terres à la Couronne est expressément prévue à l'article 18(1) de la *Loi sur les indiens*<sup>160</sup>. Cette cession interpose Sa Majesté entre les indiens et tout acheteur de façon à empêcher que ces derniers se fassent exploiter<sup>161</sup>. Ainsi, la Couronne possède un pouvoir discrétionnaire de décider ce qui est le plus avantageux pour eux. La Cour suprême conclut sous la plume du juge Wilson que:

[...] lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la personne investie de ce pouvoir devient un fiduciaire<sup>162</sup>. [Nos soulignements]

La jurisprudence et la doctrine voyaient dans cette obligation de fiduciaire établie par l'arrêt *Guerin* un principe structurant du droit constitutionnel relatif aux droits des peuples autochtones selon lequel « à chaque fois que l'action ou l'omission de l'État est susceptible d'intéresser les droits constitutionnels des peuples autochtones, l'État agit « au profit » de ceux-ci »<sup>163</sup>. En attribuant un tel sens à cette obligation, on a voulu «étendre l'obligation de fiduciaire de la Couronne au-delà de son périmètre de sens»<sup>164</sup>. C'est d'ailleurs ce que déplore la Cour suprême dans les arrêts *Wewaykum*

---

<sup>159</sup> *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

<sup>160</sup> *Loi sur les indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5, art. 18.

<sup>161</sup> *Guerin c. La Reine*, préc., note 159, p.383.

<sup>162</sup> *Id.*, p.384.

<sup>163</sup> M. ST-HILAIRE, préc., note 148, 463.

<sup>164</sup> *Id.*

et *Beckman*<sup>165</sup>. Dans l'affaire *Nation Tsilhqot'in*, la Cour suprême effectue tout de même un retour à cette ancienne conception de l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Elle ajoute que cette obligation de fiduciaire fonde une exigence de proportionnalité en matière de restriction justifiée d'un droit ancestral<sup>166</sup>. À l'égard du principe de proportionnalité, la juge McLachlin écrit :

Il ressort implicitement de l'obligation fiduciaire qu'à la Couronne envers le groupe autochtone que l'atteinte doit être nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental (lien rationnel), que le gouvernement ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif (atteinte minimale) et que les effets préjudiciables sur l'intérêt autochtone ne l'emportent pas sur les avantages qui devraient découler de cet objectif (proportionnalité de l'incidence).<sup>167</sup>

L'addition de ce critère de proportionnalité à celui de l'objectif «impérieux et réel» dans l'analyse de la justification de l'atteinte à un droit constitutionnel autochtone nous permet de constater un certain rapprochement avec le test de l'arrêt *Oakes* où, pour justifier une restriction à un droit ou une liberté garantie par la *Charte*, les critères sont 1) l'objectif visé par la loi; et, 2) la proportionnalité de la mesure<sup>168</sup>.

Dans les circonstances qui nous occupent, l'application du test de justification devait porter sur l'analyse des dispositions de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*. Il faut donc se demander si cette loi pourrait respecter un objectif impérieux et réel et si elle est compatible avec l'obligation de fiduciaire de la Couronne de

---

<sup>165</sup> *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, p. 389 et *Beckman c. Premières nation de Little Salmon/Carmacks*, [2002] 4 R.C.S. 245, [105] cités par M. ST-HILAIRE, préc., note 148, 463 et 465.

<sup>166</sup> *Id.*, 465.

<sup>167</sup> *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, préc., note 141, [87].

<sup>168</sup> *Supra*, p. 7-8.



manière à respecter le principe de proportionnalité. L'objet impérieux et réel de cette loi est expressément prévu à son premier article : « 1.(1) L'objet primordial de la présente loi est de promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être »<sup>169</sup>. L'atteinte au droit à la médecine traditionnelle des parents de J.J. par l'intervention de l'État est nécessaire pour atteindre l'objectif prévu par la LSEF, soit la protection l'enfant afin de veiller à son meilleur intérêt. Cette intervention constitue une atteinte minimale aux droits des parents de J.J. d'exercer leur droit à la médecine traditionnelle et en conclure autrement mettrait la vie de J.J. en danger. Ainsi, à notre avis, l'atteinte par la LSEF au droit-activité des parents de J.J. d'utiliser des traitements de traditionnels autochtones passe le test de justification.

L'omission du juge Edward d'employer le test de l'arrêt *Sparrow* dans son analyse ne l'a pas conduit à se questionner sur l'intérêt de l'enfant. Nous sommes d'avis que l'intérêt de l'enfant constitue l'argument autour duquel l'ensemble des motifs de ce jugement aurait dû s'articuler, comme ce fut le cas dans la décision *B.(R.)*.

---

<sup>169</sup> *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 92, art. 1. Cet objet ne semble pas différer grandement des autres législations provinciales qui ont également légiféré en cette matière. Au Québec, dans une loi équivalente à la LSEF, la *Loi sur la protection de la jeunesse*, on y prévoit à son article 3 que : « Les décisions prises en vertu de la présente loi doivent l'être dans l'intérêt de l'enfant et dans le respect de ses droits ». *Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1, art. 3. Au Nouveau-Brunswick, le préambule de la *Loi sur les services à la famille* prévoit le principe selon lequel « l'intérêt supérieur de l'enfant » doit primer dans les décisions prises à son égard. *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B., 1980, c. F-2.2. Au Manitoba, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* est précédée d'une déclaration de principes sur laquelle se fonde la loi et prévoit que la défense de « l'intérêt supérieur de l'enfant » constitue un devoir fondamental de la société. On réitère ce critère « d'intérêt supérieur de l'enfant » à de nombreux endroits dans la loi dont notamment lorsqu'il est question de déterminer si un enfant est en besoin de protection à l'article 2(1) de la loi. *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, préc., note 3, art. 2.

Bien que le test de justification de l'arrêt *Sparrow* aurait pu être appliqué, l'intérêt de l'enfant aurait également pu être invoqué par le juge Edward pour justifier une limite interne au droit-activité à la médecine traditionnelle. Le raisonnement des juges Iacobucci et Major dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto* aurait pu s'appliquer par analogie aux circonstances qui nous occupent.

### **3.2 L'intérêt de l'enfant : une limite intrinsèque au « droit-activité » à la médecine traditionnelle autochtone**

Comme nous l'avons expliqué, les droits protégés par l'article 35(1) ne sont pas des droits absolus, ils sont sujets à des restrictions conformes au test de justification de l'arrêt *Sparrow*<sup>170</sup>. Avant même de se rendre à l'étape d'appliquer ce test de justification, nous sommes d'avis que l'exercice du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone possède une limite interne.

De la même manière que les juges Major et Iacobucci reconnaissent une limite intrinsèque au droit à la liberté de religion garantie à l'article 2 a) de la *Charte* dans l'affaire *B.(R.)*, nous sommes d'avis que l'exercice du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone doit être balisé avant que lui soit apporté des restrictions justifiées<sup>171</sup>. Il importe de préciser que nous ne remettons pas en question la compétence générale reconnue aux communautés autochtones de prévoir les

---

<sup>170</sup> *Supra*, p. 46.

<sup>171</sup> Selon les juges Iacobucci et Major, dans l'affaire *B.(R.)*, le droit à la liberté de religion « doit être défini et (...), même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite ». Ces derniers établissent que la liberté de religion n'autorise pas un parent à imposer des pratiques religieuses qui menacent la sécurité, la santé ou la vie de leur enfant. *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, préc., note 6, [224-225].

conditions d'individualisation de leurs droits-activités<sup>172</sup>. Nous sommes plutôt d'avis que ce droit-activité à la médecine traditionnelle autochtone qu'il soit exercé par la communauté ou par des individus comme c'est le cas dans les circonstances, comporte une limite interne quant à son exercice, soit l'intérêt de l'enfant.

Cette limite interne se distingue de la limite intrinsèque relative au titre aborigène reconnue par la jurisprudence<sup>173</sup>. Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême prévoit que le contenu du titre aborigène est générique à l'exception de cette limite intrinsèque qui prévoit que l'utilisation et l'occupation exclusive des terres détenues par les autochtones «ne doivent pas être incompatibles avec la nature de l'attachement qu'a le groupe concerné pour ces terres»<sup>174</sup>. Cette limite intrinsèque au titre aborigène a plutôt trait à la protection du groupe (c'est-à-dire la préservation de la spécificité collective) qu'à la protection de ses membres. En effet, la limite interne que nous appliquons au droit ancestral à la médecine traditionnelle concerne la protection des membres de la collectivité et dans les circonstances d'un seul membre, soit J.J.

Bien que la décision *Hamilton* soulève des questions relativement à l'exercice individuel par les parents de J.J. d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle, elle porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité que lui garantit

---

<sup>172</sup> Comme nous l'avons mentionné précédemment, un droit-activité apparaît comme un «droit-compétence» dont les conditions d'individualisation sont déterminées par la communauté. *Supra*, note 106. Nous sommes d'avis que la communauté demeure compétente à l'égard de la détermination de ces modalités d'exercice dans la mesure où celles-ci ne contreviennent pas à l'intérêt de l'enfant.

<sup>173</sup> Comme nous l'avons expliqué précédemment, les droits ancestraux sont des droits collectifs qui se divisent en deux catégories : les droits ancestraux autorisant l'exercice d'activités particulières appelés «droits-activités» et le «titre aborigène». *Supra*, p.30.

<sup>174</sup> *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 105, [117].

l'article 7 de la *Charte*. Il convient donc de préciser que nous ne sommes pas en faveur de la thèse défendue par certains auteurs de doctrine selon laquelle l'article 25 de la *Charte* prévoit une immunité absolue des droits autochtones contre les droits et libertés protégés par la *Charte*<sup>175</sup>. L'article 25 de la *Charte* se lit comme suit :

Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne porte pas atteinte aux droits ou libertés -- ancestraux, issus de traités ou autres -- des peuples autochtones du Canada, notamment :

- a) aux droits ou libertés reconnus par la proclamation royale du 7 octobre 1763;
- b) aux droits ou libertés existants issus d'accord sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis<sup>176</sup>.

À notre avis, il est préférable d'interpréter l'article 25 de façon à concilier la partie I avec la partie II de la *Charte*. Nous fondons notre opinion sur le principe de la cohérence interne du corpus constitutionnel «voulant que, lorsque deux principes ou dispositions paraissent conflictuels, ils doivent néanmoins pouvoir coexister et chacun doit produire un effet»<sup>177</sup>. Autrement, les membres des communautés autochtones n'auraient pas les mêmes droits et libertés que les autres canadiens. Il est donc possible de reconnaître des droits individuels aux autochtones sans empêcher la reconnaissance d'un droit collectif. Admettre le contraire, c'est accepter qu'un enfant autochtone n'a pas droit à la protection de sa vie et de sa sécurité lorsque ses parents exercent un droit ancestral à la médecine traditionnelle. Par conséquent, on peut affirmer que le droit collectif ancestral à la médecine traditionnelle comprend celui

---

<sup>175</sup> C'est notamment l'opinion des auteurs Brun, Tremblay et Brouillet, voir : Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, par. XII-3.30.

<sup>176</sup> *Charte canadienne des droits et libertés*, préc., note 10, art. 25.

<sup>177</sup> Ghislain OTIS, «La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne?», (2004) 36 *Revue de droit d'Ottawa* 207, 240.

des parents dans la mesure où ceux-ci l'exercent de manière à ne pas porter atteinte à la sécurité ou à la vie de leur enfant.

De plus, dans l'arrêt *Van der Peet*, la Cour suprême affirme que le point de vue des autochtones qui revendiquent un droit ancestral doit être reconnu, mais «exprimé d'une manière compatible avec l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada»<sup>178</sup>. Le professeur Ghislain Otis précise d'ailleurs que :

[...] l'intégrité du système juridique canadien repose sur un ensemble de valeurs fondamentales qui définissent l'appartenance à la communauté politique et juridique. Parmi ces valeurs figure le respect des droits fondamentaux de la personne<sup>179</sup>. [Nos soulignements]

La *Charte* constitue une affirmation de ces valeurs fondamentales<sup>180</sup>. Il est donc tout à fait valable d'opposer aux parents de J.J. les droits de leur enfant à la vie et la sécurité reconnus à l'article 7 de la *Charte* à leur revendication au droit ancestral à la médecine traditionnelle. Agir de la sorte, c'est veiller au meilleur intérêt de l'enfant. Ainsi, l'intérêt de l'enfant constituerait à notre avis une limite interne au droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone (un droit *sui generis* qui se doit d'être conforme à l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada)<sup>181</sup>.

---

<sup>178</sup> R. c. *Van der Peet*, préc., note 112, [49].

<sup>179</sup> Ghislain OTIS, «Revendications foncières, «autochtonité» et liberté de religion au Canada», (1999) 40 C. de D., 741, 770.

<sup>180</sup> *Id.*

<sup>181</sup> Dans l'arrêt *Delgamuukw*, la Cour suprême reconnaît que les droits ancestraux (autant les droits-activités que le titre aborigène) sont des droits *sui generis* : «En d'autres termes, bien que la doctrine des droits ancestraux soit une doctrine de common law, les droits ancestraux sont véritablement des droits *sui generis* qui exigent, quant au traitement de la preuve, une approche unique, accordant le poids qu'il faut au point de vue des peuples autochtones. Toutefois, l'adaptation doit se faire d'une manière qui ne fasse pas entorse à «l'organisation juridique et constitutionnelle du Canada» (au par. 49). (...)» [Nos soulignements] *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, préc., note 105, [82].

Cette limite interne à l'exercice d'un droit ancestral est également reconnue par une source matérielle de droit, le droit international public. La *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones* (ci-après « la Déclaration »)<sup>182</sup> prévoit d'ailleurs à son article 34 une « limite » aux droits qu'elle reconnaît aux peuples autochtones :

*Article 34*

Les peuples autochtones ont le droit de promouvoir, de développer et de conserver leurs structures institutionnelles et leurs coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières et, lorsqu'ils existent, leurs systèmes ou coutumes juridiques, en conformité avec les normes internationales relatives aux droits de l'homme. [Nos soulignements]<sup>183</sup>

Cette Déclaration n'est pas accompagnée d'une convention qui requiert une ratification, elle n'est donc pas juridiquement contraignante, mais elle constitue plutôt l'expression d'un engagement politique de la part des états qui votent pour son adoption et fait plutôt partie de la *soft law*<sup>184</sup>. Elle fut adoptée par résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 septembre 2007. Le Canada, l'Australie, les États Unis et la Nouvelle Zélande ont voté contre son adoption<sup>185</sup>. Or,

---

<sup>182</sup> *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. Off. A.G.N.U., 61<sup>e</sup> sess. Doc. N.U. A/RES/61/295, (2007), en ligne : < [http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/295&Lang=F](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295&Lang=F) > (consulté le 12 novembre 2015). L'article 24 de la Déclaration reconnaît notamment aux peuples autochtones le droit à leur pharmacopée traditionnelle et leurs pratiques médicales. Nous croyons que la pharmacopée et les pratiques médicales sont incluses dans les termes « coutumes, spiritualité, traditions, procédures ou pratiques particulières » prévues à l'article 34 de la Déclaration. Autrement dit, nous croyons que l'utilisation de la pharmacopée traditionnelle et que l'exercice de pratiques médicales sont limitées par les normes internationales relatives aux droits de l'homme. *Id.*, art. 24.

<sup>183</sup> *Id.*, art. 34.

<sup>184</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142> > (consulté le 13 novembre 2015).

<sup>185</sup> Haut-commissariat des Nations Unies, *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : < <http://www.ohchr.org/FR/Issues/PAutochtones/Pages/Declaration.aspx> > (consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2015).

malgré s'être opposé à son adoption en 2007, le 12 novembre 2010, le Canada publie un énoncé dans lequel il appuie les principes énoncés dans la Déclaration<sup>186</sup>.

Au cours des débats entourant l'adoption du projet de cette Déclaration, comme le mentionne Ghislain Otis<sup>187</sup>, les représentants des autochtones du Canada plaident pour l'adoption de l'article 33<sup>188</sup> (aujourd'hui l'article 34). En approuvant cette disposition, les autochtones consentent donc à ce que les coutumes autochtones soient subordonnées aux « normes internationales relatives aux droits de l'homme »<sup>189</sup>. De telles normes internationales se retrouvent dans la *Convention relative au droit de l'enfant* (ci-après « la Convention »)<sup>190</sup> que ratifie le Canada le 12 décembre 1991. Les principes suivants sont notamment prévus dans cette Convention: « tout enfant a un droit inhérent à la vie » (art. 6 de la Convention) et « toutes les décisions qui concernent les enfants (...) l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale » (art. 3 de la Convention). Les autochtones du Canada plaident donc pour l'adoption d'une subordination de leurs coutumes aux normes internationales relatives au droit de l'homme<sup>191</sup>. Afin d'illustrer cette

---

<sup>186</sup> GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 avril 2015, en ligne < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958> > (consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2015).

<sup>187</sup> G. OTIS, préc., note 177, 221-222.

<sup>188</sup> Commission des droits de l'homme, *Examen technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 46<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. (1994), art. 33 : en ligne : < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/125/11/PDF/G9412511.pdf?OpenElement> > (consulté le 13 novembre 2015).

<sup>189</sup> *Id.*

<sup>190</sup> Assemblée générale des Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. 44/24, Doc. Off. A.G.N.U., Doc. N.U. A/RES/44/25, (1989), arts. 3 et 6 : < [http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/44/25](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/25) > (consulté le 12 novembre 2015).

<sup>191</sup> G. OTIS, préc., note 177, 221-222.

subordination des pouvoirs autochtones, rappelons un extrait du rapport de l'Unicef sur les droits des enfants autochtones :

[...] [D]es prétentions de groupe exigeant le maintien de pratiques traditionnelles estimées préjudiciables à la dignité, à la santé ou au développement de l'enfant – comme les mutilations génitales féminines, le mariage forcé, ou encore des châtiments inhumains ou dégradants pour « comportement antisocial » - contreviennent aux droits de l'individu et donc ne peuvent être considérées comme un droit de la communauté. En droit international, un principe impérieux veut que l'on accorde à l'individu la meilleure protection possible, et dans le cas d'un enfant, on ne peut ignorer ou violer « son intérêt supérieur » (article 3 de la Convention) au profit des intérêts du groupe.<sup>192</sup>  
[Nos soulignements]

Ces principes véhiculés par la Convention sont reconnus en droit canadien de deux façons. Premièrement, ils sont reconnus par la présomption de conformité du droit canadien au droit international. La Cour suprême identifie d'ailleurs cette présomption dans la décision *R. c. Hape* :

[...] Selon un principe d'interprétation législative bien établi, une loi est réputée conforme au droit international. Cette présomption se fonde sur le principe judiciaire selon lequel les tribunaux sont légalement tenus d'éviter une interprétation du droit interne qui emporterait la contravention de l'État à ses obligations internationales, sauf lorsque le libellé de la loi commande clairement un tel résultat<sup>193</sup>.

Ainsi, les lois canadiennes sont présumées conformes aux obligations coutumières et conventionnelles du Canada à l'international. Deuxièmement, les principes de la *Convention relative au droit de l'enfant* ci-dessus mentionnés sont expressément reconnus en droit interne. En effet, le droit inhérent à la vie est garanti par la *Charte*

---

<sup>192</sup> UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Garantir les droits des enfants autochtones*, (octobre 2007), en ligne : < <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest11f.pdf> > (consulté le 12 novembre 2015) tel que cité par G. OTIS, préc., note 177, 222.

<sup>193</sup> *R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292, [53].



à son article 7 et le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant se retrouve dans la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* (où l'intérêt de l'enfant s'avère être l'objectif même de la Loi).

En somme, la limite interne qu'il faut appliquer à l'exercice d'un droit ancestral à la médecine traditionnelle est reconnue dans l'organisation juridique et constitutionnelle de la société canadienne, dans la législation canadienne<sup>194</sup> et dans le droit international.

---

<sup>194</sup> Comme nous l'avons déjà mentionné, plusieurs législations provinciales reconnaissent également ce principe du meilleur intérêt ou de l'intérêt supérieur de l'enfant. *Supra*, note 169.

## CONCLUSION

Les droits invoqués par les parents de Sheena dans la décision *B.(R.)* diffèrent de ceux invoqués par les parents de J.J. dans l'affaire *Hamilton*, il semble donc *a priori* impossible de comparer l'une et l'autre des décisions étudiées. Or, nous sommes d'avis que l'intérêt de l'enfant constitue le plus grand dénominateur commun dans ces affaires.

Celui-ci est employé de diverses façons par les juges de la Cour suprême dans l'affaire *B.(R.)*, constituant notamment une limite intrinsèque au droit à la liberté de religion pour les juges Iacobucci et Major. Dans l'affaire *Hamilton*, bien que le principe de l'intérêt de l'enfant ne soit pas soulevé par le juge Edward dans son jugement initial, ce principe aurait dû être l'argument autour duquel s'articulait l'ensemble des motifs du jugement. Cette lacune découle à notre avis du fait que le juge Edward n'a pas étudié la possibilité qu'il y ait des limites au droit constitutionnel à la médecine traditionnelle (tant externe qu'interne). La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* porte atteinte au droit-activité des parents de J.J. de recourir à des traitements traditionnels autochtones. Toutefois, cette atteinte passe le test de justification de l'arrêt *Sparrow*. La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* constitue, à notre avis, une limite externe à ce droit-activité, son objet étant « de promouvoir l'intérêt véritable de l'enfant, sa protection et son bien-être »<sup>195</sup>.

---

<sup>195</sup> *Supra*, note 169.

De façon analogue à la limite interne au droit à la liberté garanti par l'article 2 a) de la *Charte* établie par les juges Iacobucci et Major dans la décision *B.(R.)*, nous avons également identifié une limite interne au droit ancestral à la médecine traditionnelle, soit le meilleur intérêt de l'enfant.

Ainsi, bien que les motifs et les tests de justification soient différents, la décision *Hamilton* aurait dû, comme ce fut le cas dans la décision *B.(R.)*, conclure de manière à faire primer l'intérêt de l'enfant sur les droits des parents, une limite reconnue dans l'organisation juridique et constitutionnelle de la société canadienne, dans la législation canadienne et dans le droit international.

Outre le principe de l'intérêt de l'enfant, ces affaires ont également en commun de faire ressortir le principe selon lequel aucun droit n'est absolu. En effet, dans les circonstances de la première affaire, on reconnaît que ce sont les droits fondamentaux (ceux des parents de Sheena B.) qui ne sont pas absolus. De façon similaire, l'analyse et la critique que nous faisons de la seconde affaire nous permet de confirmer que les droits ancestraux prévus à l'article 35(1) de la LC de 1982 ne sont pas non plus des droits absolus.

Enfin, à notre avis, nous pouvons tirer de cette analyse comparative la conclusion selon laquelle l'exercice individuel ou collectif du droit ancestral à la médecine traditionnelle autochtone peut être exercé par une collectivité ou des individus dans la mesure où son exercice ne porte pas atteinte au meilleur intérêt de l'enfant.

## **TABLES BIBLIOGRAPHIQUES**

### **Table de la législation et réglementation**

#### *Textes constitutionnels*

*Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*  
[annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11 (R.-U.)]

*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, c. 11  
(R.-U.)

#### *Textes fédéraux*

*Loi sur les indiens*, L.R.C. 1985, c. I-5

#### *Textes québécois*

*Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64

*Loi sur la protection de la jeunesse*, RLRQ, c. P-34.1

#### *Textes ontariens*

*Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66 (Abrogée)

*Loi de 1996 sur le consentement aux soins de santé*, L.O. 1996, chap. 2, annexe A

*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, chap. C.43

*Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, c. C-11

*Règles de Procédure Civile*, R.R.O. 1990, Reg. 194

#### *Textes manitobains*

*Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, C.P.L.M. c. C-80

#### *Textes néo-brunswickois*

*Loi sur les services à la famille*, L.N.-B., 1980, c. F-2.2

#### *Textes britanno-colombiens*

*Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248

### *Textes internationaux*

Assemblée générale des Nations Unies, *Convention relative aux droits de l'enfant*, Rés. 44/24, Doc. Off. A.G.N.U., Doc. N.U. A/RES/44/25, (1989), <[http://www.un.org/fr/documents/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/44/25](http://www.un.org/fr/documents/view_doc.asp?symbol=A/RES/44/25)> (consulté le 12 novembre 2015)

*Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221

*Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, Doc. Off. A.G.N.U., 61<sup>e</sup> sess. Doc. N.U. A/RES/61/295, (2007), en ligne : <[http://www.un.org/en/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/61/295&Lang=F](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/61/295&Lang=F)> (consulté le 12 novembre 2015)

*Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, (1976) 999 R.T.N.U. 171

## **TABLE DE LA JURISPRUDENCE**

### *Jurisprudence québécoise*

*Hôpital St-François d'Assise c. Lacasse*, [1993] R.D.F. 348 (C.S.)

*Lakeshore General Hospital c. Reinmueller*, [1975] R.P. 347

*Manoir de la Pointe bleue (1978) inc. c. Corbeil*, [1992] R.J.Q. 712

*Montreal Children's Hospital c. Powell*, [1975] R.P. 345

*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361

### *Jurisprudence ontarienne*

*B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1992] O.J. No. 1915

*B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1988] O.J. No. 78

*Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. S.M.B.*, [1983] O.J. No. 746

*Children's Aid Society of Toronto v. L.P. and N.P.*, 2010 ONCJ 320

*Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2014 ONCJ 603

*Hamilton Health Sciences Corp. v. D.H.*, 2015 ONCJ 229

*Malette c. Shulman*, (1990) 72 O.R. (2d) 417

*S. B. (Re)*, [1983] O.J. No. 732

*Jurisprudence saskatchwanaise*

*T.T.D. (Re)*, [1999] S.J. No. 143

*Jurisprudence de la Cour suprême du Canada*

*A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfance et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181

*Bande indienne des Lax Kw'alaams c. Canada (Procureur général)*, [2011] 3 R.C.S. 535

*Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245

*Beckman c. Premières nation de Little Salmon/Carmacks*, [2002] 4 R.C.S. 245

*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307

*B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315

*Canadian Foundation for Children, Youth and the Law*, [2004] 1 R.C.S. 76

*Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010

*Engel c. Salyn*, [1993] 1 R.C.S. 306

*États-Unis c. Burns*, [2001] 1 R.C.S. 283

*Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335

*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145

*Manitoba Metis Federation Inc. c. Canada (Procureur général)*, [2013] 1 R.C.S. 623

*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 3 R.C.S. 511

*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, [2014] 2 R.C.S. 256

*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486

*R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723

*R. c. Hape*, [2007] 2 R.C.S. 292

*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103

*R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207

*R. c. Sappier/R. c. Gray*, [2006] 2 R.C.S. 686

*R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507

## BIBLIOGRAPHIE

### *Monographies et ouvrages collectifs*

BEAUDOIN, G-A., *La Constitution du Canada : institution, partage des pouvoirs, droits et libertés*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2004

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014

BURNETT K. and G. READ, *Aboriginal History, A Reader*, Oxford University Press, 2012

DUPLÉ, N., *Droit constitutionnel : principes fondamentaux*, 6<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2014

HOGG, P.W., *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd., Toronto, Thomson Reuters, 2014

PHILIPS-NOOTENS, S., P. LESAGE-JARJOURA et R.P. KOURI, *Éléments de responsabilité civile médicale*, 3<sup>e</sup> éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2007

### *Articles de revue et études d'ouvrages collectifs*

KOURI, R. P. et C. LEMIEUX, « Les Témoins de Jéhovah et le refus de certains traitements : problèmes de forme, de capacité et de constitutionnalité découlant du *Code civil du Québec* », (1995) 26 *R.D.U.S.* 77

OTIS, G., « L'autonomie personnelle au Coeur des droits ancestraux : *sub qua lege vivis* ? », (2007) 52 *R.D. McGill* 657  
 « La gouvernance autochtone avec ou sans la Charte Canadienne ? », (2004) 36 *Revue de droit d'Ottawa* 207

- OTIS, G., « Revendications foncières, «autochtonité» et liberté de religion au Canada», (1999) 40 *C. de D.*, 741  
 «Les sources des droits ancestraux des peuples autochtones», (1999) 40 *C. de D.*, 591
- ST-HILAIRE, M., «*Nation Tsilqhot'in c. Colombie-Britannique*: bonne décision, mauvaises raisons», (2014) 44 *R.G.D.* 445
- TREMBLAY, L.B., «L'interprétation téléologique des droits constitutionnels», (1995) 29 *R.J.T.* 459

#### *Dictionnaires et ouvrages de références*

- REID, H., *Dictionnaire de droit québécois et canadien*, 4<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

#### *Autres*

- BARREAU DU HAUT-CANADA, *Chapter 6 : Commencement of proceeding*, en ligne : <<http://rc.lsuc.on.ca/pdf/ht/civCommencementProceeding.pdf>> (consulté le 2 décembre 2015)
- Commission des droits de l'homme, *Examen technique du projet de déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 46<sup>e</sup> sess., Doc. N.U. (1994), en ligne : < <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G94/125/11/PDF/G9412511.pdf?OpenElement> > (consulté le 13 novembre 2015)
- GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Énoncé du Canada appuyant la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 12 novembre 2010, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374239861/1309374546142> > (consulté le 13 novembre 2015)
- GOUVERNEMENT DU CANADA, AFFAIRES AUTOCHTONES ET DU NORD CANADA, *Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones*, 13 avril 2015, en ligne : < <https://www.aadnc-aandc.gc.ca/fra/1309374407406/1309374458958> > (consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2015)
- HAMILTON HEALTH SERVICES, *About us*, en ligne : < <http://www.hamiltonhealthsciences.ca/body.cfm?id=225>> (consulté le 11 septembre 2015)



Haut-commissariat des Nations Unies, *Déclaration sur les droits des peuples autochtones*, en ligne : <  
<http://www.ohchr.org/FR/Issues/PAutochtones/Pages/Declaration.aspx> >  
(consulté le 1<sup>er</sup> décembre 2015)

HIPPOCRATES HEALTH INSTITUTE, *About Hippocrates*, en ligne :  
<<http://hippocratesinst.org/the-institute/about-hippocrates> > (consulté le 3 novembre 2015)

ONTARIO, «Six Nations de la rivière Grand», en ligne : <  
<http://www.ontario.ca/fr/page/six-nations-de-la-riviere-grand> > (consulté le 8 septembre 2015)

UNICEF, Centre de recherche Innocenti, *Garantir les droits des enfants autochtones*, (octobre 2007), en ligne : <  
<http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/digest11f.pdf> > (consulté le 12 novembre 2015)

WALKER, C., «Makayla Sault, girl who refused chemo for leukemia, dies», CBC News, Janvier 2015, en ligne : <<http://www.cbc.ca/news/aboriginal/makayla-sault-girl-who-refused-chemo-for-leukemia-dies-1.2829885>> (consulté le 8 septembre 2015)